

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

تأليف الإمام أبي الوليد

محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي

٥٢٠ ـ ٥٩٥ هـ

الطبعة السادسة

١٤٠٢هـ ١٩٨٢م

[تمتاز بضبط الآيات القرآنية والأحاديث النبوية]

دار المعرفة

فهرست الجزء الأول

من بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد القرطبى

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

فهرست الجزء الثانى

من بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد القرطبى

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة



تأليف الإمام أبي الوليد

محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي

٥٢٠ — ٥٩٥ هـ

الجزء الأول

الطبعة السادسة

١٤٠٢هـ ١٩٨٢م

[تمتاز بضبط الآيات القرآنية والأحاديث النبوية]

دار المعرفة

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فى الدِّينِ
[حديث شريف]

بسم الله الرحمن الرحيم

أما بعد حمد الله بجميع محامده ، والصلاة والسلام على محمد رسوله وآله وأصحابه ، فإنّ غرضى فى هذا الكتاب أن أثبت فيه لنفسى [1] على جهة التذكرة من مسائل الأحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها ، والتنبيه على نكت الخلاف فيها ، ما يجرى مجرى الأصول والقواعد لما عسى أن يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها فى الشرع ، وهذه المسائل فى الأكثر هى المسائل المنطوق بها فى الشرع أو تتعلق بالمنطوق به تعلقا قريبا ، وهى المسائل التى وقع الاتفاق عليها ، أو اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الإسلاميين من لدن الصحابة رضى الله عنهم إلى أن فشا التقليد .

وقبل ذلك فلنذكر كم أصناف الطرق التى تتلقى منها الأحكام الشرعية ، وكم أصناف الأحكام الشرعية ، وكم أصناف الأسباب التى أوجبت الاختلاف بأوجز ما يمكننا فى ذلك . فنقول :

إن الطرق التى منها تلقيت الأحكام عن النبى عليه الصلاة والسلام بالجنس ثلاثة : إما لفظ ، وإما فعل ، وإما إقرار . وأما ما سكت عنه الشارع من الأحكام فقال الجمهور : إن طريق الوقوف عليه هو القياس . وقال أهل الظاهر : القياس فى الشرع باطل ، وماسكت عنه الشارع فلا حكم له ، ودليل

---

(١) فى نسخة فاس : التنبيه لنفسى بدلا أن أثبت .
(انظر ترجمة المؤلف آخر الكتاب)

العقل يشهد بثبوته ، وذلك أن الوقائع بين أشخاص الأناسيّ غير متناهية ، والنصوص والأفعال والإقرارات متناهية ، ومحال أن يقابل ما لايتناهى بما يتناهى ، وأصناف الألفاظ التى تتلقى منها الأحكام من السمع أربعة : ثلاثة متفق عليها ، ورابع مختلف فيه . أما الثلاثة المتفق عليها فلفظ عام يحمل على عمومه ، أو خاص يحمل على خصوصه ، أو لفظ عام يراد به الخصوص ، أو لفظ خاص يراد به العموم ، وفى هذا يدخل التنبيه بالأعلى على الأدنى ، وبالأدنى على الأعلى ، وبالمساوى على المساوى ؛ فمثال الأول قوله تعالى - حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ المَيْتَةُ والدَّمُ ولَحْمُ الخِنْزِيرِ - فإن المسلمين اتفقوا على أن لفظ الخنزير متناول لجميع أصناف الخنازير مالم يكن مما يقال عليه الاسم بالاشتراك ، مثل خنزير الماء ، ومثال العام يراد به الخاص قوله تعالى - خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا - فإن المسلمين اتفقوا على أن ليست الزكاة واجبة فى جميع أنواع المال ، ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى - فَلاتَقُلْ لهُما أُفٍّ - وهو من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى ، فإنه يفهم من هذا تحريم الضرب والشتم وما فوق ذلك ، وهذه إما أن يأتى المستدعى بها فعله بصيغة الأمر ، وإما أن يأتى بصيغة الخبر يراد به الأمر . وكذلك المستدعى تركه ، إما أن يأتى بصيغة النهى ، وإما أن يأتى بصيغة الخبر يراد به النهى ، وإذا أتت هذه الألفاظ بهذه الصيغ ، فهل يحمل استدعاء الفعل بها على الوجوب أو على الندب على ماسيقال فى حدّ الواجب والمندوب إليه ، أو يتوقف حتى يدل الدليل على أحدهما ، فيه بين العلماء خلاف مذكور فى كتب أصول الفقه ، وكذلك الحال فى صيغ النهى هل تدل على الكراهية أو التحريم ، أو لاتدل على واحد منهما ؟ فيه الخلاف المذكور أيضا . والأعيان التى يتعلق بها الحكم إما أن يدل عليها بلفظ يدل على معنى واحد فقط ، وهو الذى يعرف فى صناعة أصول الفقه بالنص ، ولا خلاف فى وجوب العمل به ، وإما أن يدل عليها بلفظ يدل على أكثر من معنى واحد . وهذا قسمان : إما أن تكون دلالته على تلك المعانى بالسواء ، وهو الذى يعرف فى أصول الفقه بالمجمل ، ولاخلاف فى أنه لايوجب حكما ، وإما

أن تكون دلالته على بعض تلك المعانى أكثر من بعض . وهذا يسمى بالإضافة إلى المعانى التى دلالته عليها أكثر ظاهرا ، ويسمى بالإضافة إلى المعانى التى دلالته عليها أقل محتملا ؛ وإذا ورد مطلقا حمل على تلك المعانى التى هو أظهر فيها حتى يقوم الدليل على حمله على المحتمل . فيعرض الخلاف للفقهاء فى أقاويل الشارع ، لكن ذلك من قبل ثلاثة معان : من قبل الاشتراك فى لفظ العين الذى علق به الحكم . ومن قبل الاشتراك فى الألف واللام المقرونة بجنس تلك العين . هل أريد بها الكل أو البعض ؟ ومن قبل الاشتراك الذى فى ألفاظ الأوامر والنواهى . وأما الطريق الرابع فهو أن يفهم من إيجاب الحكم لشىء مَّا نفى ذلك الحكم عما عدا ذلك الشىء أو من نفى الحكم عن شىء مَّا إيجابه لما عدا ذلك الشىء الذى نفى عنه . وهو الذى يعرف بدليل الخطاب . ؛ وهو أصل مختلف فيه . مثل قوله عليه الصلاة والسلام « فى سائمة الغنم الزكاة » فإن قوما فهموا منه أن لا زكاة فى غير السائمة . وأما القياس الشرعى فهو إلحاق الحكم الواجب لشىء مَّا بالشرع بالشىء المسكوت عنه لشبهه بالشىء الذى أوجب الشرع له ذلك الحكم أو لعلة جامعة بينهما . ولذلك كان القياس الشرعى صنفين قياس شبه . وقياس علة ؛ والفرق بين القياس الشرعى واللفظ الخاص يراد به العام : أن القياس يكون على الخاص الذى أريد به الخاص . فيلحق به غيره . أعنى أن المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذى بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لأن إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه اللفظ ليس بقياس . وإنما هو من باب دلالة اللفظ . وهذان الصنفان يتقاربان جدا لأنهما إلحاق مسكوت عنه بمنطوق به ، وهما يلتبسان على الفقهاء كثيرا جدا . فمثال القياس إلحاق شارب الخمر بالقاذف فى الحد والصداق بالنصاب فى القطع . وأما إلحاق الربويات بالمقتات أو بالمكيل أو بالمطعوم فمن باب الخاص أريد به العام . فتأمل هذا فإن فيه غموضا . والجنس الأول هو الذى ينبغى للظاهرية أن تنازع فيه . وأما الثانى فليس ينبغى لها أن تنازع فيه لأنه من باب السمع . والذى يرد ذلك يرد نوعا من خطاب العرب . وأما الفعل فإنه عند الأكثر من الطرق التى تتلقى منها الأحكام الشرعية ،

وقال قوم الأفعال: ليست تفيدحكما إذ ليس لها صيغ ،والذين قالوا إنها تتلقى منها الأحكام اختلفوا فى نوع الحكم الذى تدل عليه ، فقال قوم : تدل على الوجوب ، وقال قوم : تدل على الندب ، والمختار عند المحققين أنها إن أتت بيانا لمجمل واجب دلت على الوجوب ، وإن أتت بيانا لمجمل مندوب إليه دلت على الندب ؛ وإن لم تأت بيانا لمجمل ، فإن كانت من جنس القربة دلت على الندب . وإن كانت من جنس المباحات دلت على الإباحة ، وأما الإقرار فإنه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التى تتلقى منها الأحكام أو تستنبط . وأما الإجماع فهو مستند إلى أحد هذه الطرق الأربعة ، إلا أنه إذا وقع فى واحد منها ولم يكن قطعيا نقل الحكم من غلبة الظن إلى القطع وليس الإجماع أصلا مستقلا بذاته من غير استناد إلى واحد من هذه الطرق ، لأنه لو كان كذلك لكان يقتضى إثبات شرع زائد بعد النبى صلى الله عليه وسلم إذ كان لايرجع إلى أصل من الأصول المشروعة . وأما المعانى المتداولة المتأدية من هذه الطرق اللفظية للمكلفين ، فهى بالجملة : إما أمر بشئ وإما نهى عنه ، وإما تخيير فيه . والأمر إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتركه سمى واجبا ، وإن فهم منه الثواب على الفعل وانتفى العقاب مع الترك سمى ندبا . والنهى أيضا إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل سمى محرما ومحظورا ، وإن فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمى مكروها ، فتكون أصناف الأحكام الشرعية المتلقاة من هذه الطرق خمسة : واجب ، ومندوب ، ومحظور ، ومكروه ، ومخير فيه وهو المباح . وأما أسباب الاختلاف بالجنس فستة : أحدها تردد الألفاظ بين هذه الطرق الأربع : أعنى بين أن يكون اللفظ عاما يراد به الخاص ، أو خاصا يراد به العام ، أو عاما يراد به العام ، أو خاصا يراد به الخاص ، أو يكون له دليل خطاب ، أولا يكون له . والثانى الاشتراك الذى فى الألفاظ ، وذلك إما فى اللفظ المفرد كلفظ القرء الذى ينطلق على الأطهار وعلى الحيض ، وكذلك لفظ الأمر هل يحمل على الوجوب أو الندب ، ولفظ النهى هل يحمل على التحريم أو الكراهية ، وإما فى اللفظ المركب مثل قوله تعالى ـ إلاّ الّذينَ تابوا ـ فإنه يحتمل أن يعود

على الفاسق فقط ، ويحتمل أن يعود على الفاسق والشاهد ، فتكون التوبة رافعة للفسق ومجيزة شهادة القاذف . والثالث اختلاف الإعراب . والرابع تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز ، التي هي : إما الحذف ، وإما الزيادة ، وإما التقديم ، وإما التأخير ، وإما تردده على الحقيقة أو الاستعارة . والخامس إطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة ، مثل إطلاق الرقبة في العتق تارة ، وتقييدها بالإيمان تارة . والسادس التعارض في الشيئين في جميع أصناف الألفاظ التي يتلقى منها الشرع الأحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذي يأتي في الأفعال أو في الإقرارات ، أو تعارض القياسات أنفسها ، أو التعارض الذي يتركب من هذه الأصناف الثلاثة : أعني معارضة القول للفعل أو للإقرار أو للقياس ، ومعارضة الفعل للإقرار أو للقياس ، ومعارضة الإقرار للقياس .

قال القاضي رضي الله عنه :

وإذ قد ذكرنا بالجملة هذه الأشياء ، فلنشرع فيما قصدنا له ، مستعينين بالله ، ولنبدأ من ذلك بكتاب الطهارة على عاداتهم :

كتاب الطهارة من الحدث

فنقول : إنه اتفق المسلمون على أن الطهارة الشرعية طهارتان : طهارة من الحدث ، وطهارة من الخبث ، واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف : وضوء ، وغسل ، وبدل منهما وهو التيمم ، وذلك لتضمن ذلك آية الوضوء الواردة فى ذلك ، فلنبدأ من ذلك بالقول فى الوضوء ، فنقول :

كتاب الوضوء

إن القول المحيط بأصول هذه العبادة ينحصر فى خمسة أبواب : الباب الأول فى الدليل على وجوبها ، وعلى من تجب ومتى تجب . الثانى فى معرفة أفعالها . الثالث فى معرفة ما به تفعل وهو الماء . الرابع فى معرفة نواقضها . الخامس فى معرفة الأشياء التى تفعل من أجلها .

الباب الأول

فأما الدليل على وجوبها فالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى - يا أَيُّها الَّذينَ آمَنوا إذا قُمْتُمْ إلى الصَّلاةِ فاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وأَيْدِيَكُمْ إلى المَرَافِقِ - الآية . فإنه اتفق المسلمون على أن امتثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة إذا دخل وقتها . وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام « لايَقْبَلُ اللهُ صَلاةً بِغَيْرِ طَهُورٍ ولاصَدَقَةً منْ غُلُولٍ » وقوله عليه الصلاة والسلام «لايَقْبَلُ اللهُ صَلاةَ مَنْ أَحْدَثَ حَتَّى يَتَوَضَّأَ » وهذان الحديثان ثابتان عند أئمة النقل . وأما الإجماع ، فإنه لم ينقل عن أحد من المسلمين فى ذلك خلاف ، ولو كان هناك خلاف لنقل ، إذ العادات تقتضى ذلك . وأما من تجب عليه فهو البالغ العاقل ، وذلك أيضا ثابت بالسنة والإجماع . أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام « رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاث ، فذكر : الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ ، والمَجْنُونَ حَتَّى يُفِيقَ »

وأما الإجماع ، فإنه لم ينقل فى ذلك خلاف ، واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الإسلام أم لا ؟ وهى مسئلة قليلة الغناء فى الفقه ، لأنها راجعة إلى الحكم الأخروى . وأما متى تجب فإذا دخل وقت الصلاة ، أو أراد الإنسان الفعل الذى الوضوء شرط فيه ، وإن لم يكن ذلك متعلقا بوقت . أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة ـ الآية . فأوجب الوضوء عند القيام إلى الصلاة ، ومن شروط الصلاة دخول الوقت ، وأما دليل وجوبه عند إرادة الأفعال التى هو شرط فيها فسيأتى ذلك عند ذكر الأشياء التى يفعل الوضوء من أجلها واختلاف الناس فى ذلك .

الباب الثانى

وأما معرفة فعل الوضوء فالأصل فيه ما ورد من صفته فى قوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين ـ وما ورد من ذلك أيضا فى صفة وضوء النبى صلى الله عليه وسلم فى الآثار الثابتة ، ويتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة مشهورة تجرى مجرى الأمهات ، وهى راجعة إلى معرفة الشروط والأركان وصفة الأفعال وأعدادها وتعيينها وتحديد محالّ أنواع أحكام جميع ذلك .

(المسئلة الأولى من الشروط) . اختلف علماء الأمصار هل النية شرط فى صحة الوضوء أم لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية فى العبادات لقوله تعالى ـ وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين ـ ولقوله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيَّات » الحديث المشهور . فذهب فريق منهم إلى أنها شرط ، وهو مذهب الشافعى ومالك وأحمد وأبى ثور وداود . وذهب فريق آخر إلى أنها ليست بشرط ، وهو مذهب أبى حنيفة والثورى . وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين أن يكون عبادة محضة : أعنى غير معقولة المعنى ، وإنما يقصد بها القربة فقط كالصلاة وغيرها ، وبين أن يكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة ، فإنهم لا يختلفون أن العبادة المحضة مفتقرة إلى النية ، والعبادة المفهومة المعنى

غير مفتقرة إلى النية ، والوضوء فيه شبه من العبادتين ، ولذلك وقع الخلاف فيه ، وذلك أنه يجمع عبادة ونظافة ، والفقه أن ينظر بأيهما هو أقوى شبها فيلحق به .

المسئلة الثانية من الأحكام : اختلف الفقهاء فى غسل اليد قبل إدخالها فى إناء الوضوء ، فذهب قوم إلى أنه من سنن الوضوء بإطلاق ، وإن تيقن طهارة اليد ، وهو مشهور مذهب مالك والشافعى . وقيل إنه مستحب للشاك فى طهارة يده ؛ وهو أيضا مروى عن مالك . وقيل إن غسل اليد واجب على المنتبه من النوم ، وبه قال داود وأصحابه . وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار ، فأوجبوا ذلك فى نوم الليل ولم يوجبوه فى نوم النهار ، وبه قال أحمد ، فتحصل فى ذلك أربعة أقوال : قول إنه سنة بإطلاق ، وقول إنه استحباب للشاك وقول إنه واجب على المنتبه من النوم ، وقول إنه واجب على المنتبه من نوم الليل دون نوم النهار ، والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى مفهوم الثابت من حديث أبى هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال « إذَا اسْتَيْقَظَ أحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ فلْيَغْسِلْ يَدَهُ قَبْلَ أنْ يُدْخِلَهَا الإناءَ ، فإنَّ أحَدَكُمْ لايَدْرِى أيْنَ باتَتْ يَدُهُ » وفى بعض رواياته « فلْيَغْسِلْها ثَلاثا » فمن لم ير بين الزيادة الواردة فى هذا الحديث على مافى آية الوضوء معارضة ، وبين آية الوضوء حمل لفظ الأمر ههنا على ظاهره من الوجوب ، وجعل ذلك فرضا من فروض الوضوء ، ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل أوجب ذلك من نوم الليل فقط ، ومن لم يفهم منه ذلك وإنما فهم منه النوم فقط أوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهارا أو ليلا ، ومن رأى أن بين هذه الزيادة والآية تعارضا إذ كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع بينهما عنده أن يخرج لفظ الأمر عن ظاهره الذى هو الوجوب إلى الندب ، ومن تأكد عنده هذا الندب لمثابرته عليه الصلاة والسلام على ذلك قال إنه من جنس السنن ، ومن لم يتأكد عنده هذا الندب قال إن ذلك من جنس المندوب المستحب ، وهؤلاء غسل اليد عندهم بهذه الحال إذا تيقنت طهارتها : أعنى من يقول إن ذلك سنة ، من يقول إنه ندب ، ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا

الحديث علة توجب عنده أن يكون من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده مندوبا للمستيقظ من النوم فقط ، ومن فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده للشاك ، لأنه فى معنى النائم ، والظاهر من هذا الحديث أنه لم يقصد به حكم اليد فى الوضوء ، وإنما قصد به حكم المـاء الذى يتوضأبه ، إذا كان الماء مشترطا فيه الطهارة وأما من نقل من غسله صلى الله عليه وسلم يديه قبل إدخالهما فى الإناء فى أكثر أحيانه ، فيحتمل أن يكون من حكم اليد على أن يكون غسلها فى الابتداء من أفعال الوضوء ، ويحتمل أن يكون من حكم المـاء ، أعنى أن لاينجس أو يقع فيه شك إن قلنا إن الشك مؤثر .

(المسئلة الثالثة من الأركان) اختلفوا فى المضمضة والاستنشاق فى الوضوء على ثلاثة أقوال : قول إنهما سنتان فى الوضوء ، وهو قول مالك والشافعى وأبى حنيفة ، وقول إنهما فرض فيه ، وبه قال ابن أبى ليلى وجماعة من أصحاب داود ، وقول إن الاستنشاق فرض والمضمضة سنة ، وبه قال أبو ثور وأبو عبيدة وجماعة من أهل الظاهر . وسبب اختلافهم فى كونها فرضا أو سنة اختلافهم فى السنن الواردة فى ذلك ، هل هى زيادة تقتضى معارضة آية الوضوء أو لا تقتضى ذلك ؟ فمن رأى أن هذه الزيادة إن حملت على الوجوب اقتضت معارضة الآية ، إذ المقصود من الآية تأصيل هذا الحكم وتبيينه أخرجها من باب الوجوب إلى باب الندب ، ومن لم ير أنها تقتضى معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوت عنده هـذه الأقوال والأفعال فى حملها على الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستنشاق ، ومن كان عنده القول محمولا على الوجوب والفعل محمولا على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق ، وذلك أن المضمضة نقلت من فعله عليه الصلاة والسلام ولم تنقل من أمره ، وأما الاستنشاق فمن أمره عليه الصلاة والسلام وفعله ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا تَوَضَّأَ أَحَدُكُمْ فَلْيَجْعَلْ فى أَنْفِهِ ماءً ثُمَّ لِيَنْتَثِرْ ، وَمَنْ اسْتَجْمَرَ فَلْيُوتِرْ » خرّجه مالك فى موطئه ، والبخارى فى صحيحه من حديث أبى هريرة .

(المسئلة الرابعة من تحديد المحال) اتفق العلماء على أن غسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى ـ فاغسلوا وجوهكم ـ واختلفوا منه فى ثلاثة مواضع : فى غسل البياض الذى بين العذار والأذن ، وفى غسل ما انسدل من اللحية ، وفى تخليل اللحية ، فالمشهور من مذهب مالك أنه ليس البياض الذى بين العذار والأذن من الوجه ، وقد قيل فى المذهب بالفرق بين الأمرد والملتحى فيكون فى المذهب فى ذلك ثلاثة أقوال . وقال أبوحنيفة والشافعى : هو من الوجه . وأما ما انسدل من اللحية ، فذهب مالك إلى وجوب إمرار الماء عليه ، ولم يوجبه أبو حنيفة ولا الشافعى فى أحد قوليه ؛ وسبب اختلافهم فى هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه لهذين الموضعين ، أعنى هل يتناولهما أو لا يتناولهما وأما تخليل اللحية فمذهب مالك أنه ليس واجبا ، وبه قال أبوحنيفة والشافعى فى الوضوء ، وأوجبه ابن عبد الحكم من أصحاب مالك ؛ وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى صحة الآثار التى ورد فيها الأمر بتخليل اللحية ، والأكثر على أنها غير صحيحة مع أن الآثار الصحاح التى ورد فيها صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام ليس فى شىء منها التخليل .

(المسئلة الخامسة من التحديد) اتفق العلماء على أن غسل اليدين والذراعين من فروض الوضوء لقوله تعالى ـ وأيديكم إلى المرافق ـ واختلفوا فى إدخال المرافق فيها ؛ فذهب الجمهور ومالك والشافعى وأبوحنيفة إلى وجوب إدخالها ، وذهب بعض أهل الظاهر وبعض متأخرى أصحاب مالك والطبرى إلى أنه لا يجب إدخالها فى الغسل ؛ والسبب فى اختلافهم فى ذلك الاشتراك الذى فى حرف إلى ، وفى اسم اليد فى كلام العرب وذلك أن حرف إلى مرة يدل فى كلام العرب على الغاية ، ومرة يكون بمعنى مع ، واليد أيضا فى كلام العرب تطلق على ثلاثة معان على الكف فقط ، وعلى الكف والذراع وعلى الكف والذراع والعضد ، فمن جعل « إلى » بمعنى مع [1] ، أو فهم من اليد مجموع الثلاثة الأعضاء أوجب دخولها فى الغسل [2] ، ومن فهم من « إلى » الغاية ومن اليد مادون المرفق ولم يكن الحد عنده داخلا فى المحدود لم يدخلهما

---

(١) هنا فى نسخة فاس بمعنى من .

(٢) فيها هنا زيادة ، لأن إلى عنده تكون بمعنى من ومبدأ الشىء من الشىء .

فى الغسل . وخرّج مسلم فى صحيحه عن أبى هريرة أنه غسل يده اليمنى حتى أشرع فى العضد ثم اليسرى كذلك ، ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع فى الساق ، ثم غسل اليسرى كذلك ، ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ . وهو حجة لقول من أوجب إدخالها فى الغسل . لأنه إذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء وجب أن لا يصار إلى أحد المعنيين إلا بدليل ، وإن كانت « إلى » فى كلام العرب أظهر فى معنى الغاية منها فى معنى مع ، وكذلك اسم اليد أظهر فيما دون العضد منه فيما فوق العضد ، فقول من لم يدخلها من جهة الدلالة اللفظية أرجح ، وقول من أدخلها من جهة هذا الأثر أبين ، إلا أن يحمل هذا الأثر على الندب ، والمسئلة محتملة كما ترى . وقد قال قوم : إن الغاية إذا كانت من جنس ذى الغاية دخلت فيه ، وإن لم تكن من جنسه لم تدخل فيه .

(المسئلة السادسة من التحديد) اتفق العلماء على أن مسح الرأس من فروض الوضوء ، واختلفوا فى القدر المجزئ منه . فذهب مالك إلى أن الواجب مسحه كله ، وذهب الشافعى وبعض أصحاب مالك وأبو حنيفة إلى أن مسح بعضه هو الفرض ، ومن أصحاب مالك من حد هذا البعض بالثلث ، ومنهم من حده بالثلثين . وأما أبو حنيفة فحده بالربع ، وحد مع هذا القدر من اليد الذى يكون به المسح ، فقال : إن مسحه بأقل من ثلاثة أصابع لم يجزه . وأما الشافعى فلم يحد فى الماسح ولا فى الممسوح حدا . وأصل هذا الاختلاف فى الاشتراك الذى فى الباء فى كلام العرب ، وذلك أنها مرة تكون زائدة مثل قوله تعالى ـ تُنْبِتُ بالدُّهْنِ ـ على قراءة من قرأ تنبت بضم التاء وكسر الباء من أنبت ، ومرة تدل على التبعيض مثل قول القائل : أخذت بثوبه وبعضده ، ولا معنى لإنكار هذا فى كلام العرب ، أعنى كون الباء مبعضة ، وهو قول الكوفيين من النحويين . فمن رآها زائدة أوجب مسح الرأس كله ؛ ومعنى الزائدة ههنا كونها مؤكدة ، ومن رآها مبعضة أوجب مسح بعضه ، وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة « أنَّ النبىَّ عليهِ الصلاةُ والسلامُ تَوَضَّأَ فَمَسَحَ بِناصِيَتِهِ وَعَلَى العِمامَةِ » خرجه مسلم . وإن سلمنا أن الباء زائدة بقى ههنا أيضا احتمال آخر ، وهو هل الواجب الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها

(المسئلة السابعة من الأعداد) اتفق العلماء على أن الواجب من طهارة الأعضاء المغسولة هو مرة مرة إذا أسبغ ، وإن الاثنين والثلاث مندوب إليهما ، لما صح «أنه صلى الله عليه وسلم توضأمرة مرة وتوضأ مرتين مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا» ولأن الأمر ليس يقتضى إلا الفعل مرة مرة ، أعنى الأمر الوارد فى الغسل فى آية الوضوء ، واختلفوا فى تكرير مسح الرأس هل هو فضيلة أم ليس فى تكريره فضيلة . فذهب الشافعى إلى أنه من توضأ ثلاثا ثلاثا يمسح رأسه أيضا ثلاثا ، وأكثر الفقهاء يرون أن المسح لافضيلة فى تكريره ؛ وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى قبول الزيادة الواردة فى الحديث الواحد إذا أتت من طريق واحد ولم يرها الأكثر ، وذلك أن أكثر الأحاديث التى روى فيها أنه توضأ ثلاثا ثلاثا من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها إلا أنه مسح واحدة فقط . وفى بعض الروايات عن عثمان فى صفة وضوئه أنه عليه الصلاة والسلام مسح برأسه ثلاثا ، وعضد الشافعى وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ما روى أنه عليه الصلاة والسلام توضأ مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثا ثلاثا ، وذلك أن المفهوم من عموم هذا اللفظ وإن كان من لفظ الصحابى هو حمله على سائر أعضاء الوضوء ، إلا أن هذه الزيادة ليست فى الصحيحين ، فإن صحت يجب المصير إليها ، لأن من سكت عن شىء ليس هو بحجة على من ذكره . وأكثر العلماء أوجب تجديد الماء لمسح الرأس قياسا على سائر الأعضاء . وروى عن ابن الماجشون أنه قال : إذا نفد الماء مسح رأسه ببلل لحيته ، وهو اختيار ابن حبيب ومالك والشافعى .

ويستحب فى صفة المسح أن يبدأ بمقدم رأسه فيمر يديه إلى قفاه ثم يردهما إلى حيث بدأ على ما فى حديث عبد الله بن زيد الثابت . وبعض العلماء يختار أن يبدأ من مؤخر الرأس ، وذلك أيضا مروى من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام من حديث الربيِّع بنت معوِّذ ، إلا أنه لم يثبت فى الصحيحين .

(المسئلة الثامنة من تعيين المحالّ) اختلف العلماء فى المسح على العمامة ، فأجاز ذلك أحمد بن حنبل وأبو ثور والقاسم بن سلام وجماعة ، ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعى وأبو حنيفة ؛ وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى وجوب العمل بالأثر الوارد فى ذلك من حديث المغيرة وغيره

« أنهُ عليهِ الصلاةُ والسلامُ مَسَحَ بِناصِيَتِهِ وَعَلى العِمامَةِ » وقياسا على الخف ، ولذلك اشترط أكثرهم لبسها على طهارة ، وهذا الحديث إنما رده من رده ، إما لأنه لم يصح عنده ، وإما لأن ظاهر الكتاب عارضه عنده ، أعنى الأمر فيه بمسح الرأس ، وإما لأنه لم يشتهر العمل به عند من يشترط اشتهار العمل فيما نقل من طريق الآحاد وبخاصة فى المدينة على المعلوم من مذهب مالك أنه يرى اشتهار العمل ، وهو حديث خرّجه مسلم ، وقال فيه أبو عمر بن عبدالبر إنه حديث معلول ، وفى بعض طرقه أنه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية ، ولذلك لم يشترط بعض العلماء فى المسح على العمامة المسح على الناصية ، إذ لا يجتمع الأصل والبدل فى فعل واحد .

(المسئلة التاسعة من الأركان) اختلفوا فى مسح الأذنين هو هل سنة أو فريضة ، وهل يجدد لهما الماء أم لا ؟ فذهب بعض الناس إلى أنه فريضة ، وأنه يجدد لهما الماء وممن قال بهذا القول جماعة من أصحاب مالك ويتأوّلون مع هذا أنه مذهب مالك لقوله فيهما إنهما من الرأس . وقال أبو حنيفة وأصحابه مسحهما فرض كذلك [١] إلا أنهما يمسحان مع الرأس بماء واحد . وقال الشافعى مسحهما سنة ويجدد لهما الماء . وقال بهذا القوم جماعة أيضا من أصحاب مالك ، ويتأولون أيضا أنه قوله لما روى عنه أنه قال حكم مسحهما حكم المضمضة ، وأصل اختلافهم فى كون مسحهما سنة أو فرضا اختلافهم فى الآثار الواردة بذلك ، أعنى مسحه عليه الصلاة والسلام أذنيه هل هى زيادة على ما فى الكتاب من مسح الرأس ، فيكون حكمهما أن يحمل على الندب لمكان التعارض الذى يتخيل بينها وبين الآية إن حملت على الوجوب ، أم هى مبينة لمجمل الذى فى الكتاب فيكون حكمهما حكم الرأس فى الوجوب ، فمن أوجبهما جعلها مبينة لمجمل الكتاب ، ومن لم يوجبهما جعلها زائدة كالمضمضة ، والآثار الواردة بذلك كثيرة ، وإن كانت لم تثبت فى الصحيحين فهى قد اشتهر العمل بها . وأما اختلافهم فى تجديد الماء لهما فسببه تردد الأذنين بين أن يكونا عضوا مفردا بذاته من أعضاء الوضوء ، أو يكونا جزءا من الرأس . وقد شذ قوم فذهبوا إلى أنهما يغسلان مع الوجه ، وذهب آخرون إلى أنه يمسح باطنهما مع الرأس

(١) انظر هذا ، فإن المقرر فى مذهب أبى حنيفة أن مسحهما سنة لا فرض .

ويغسل ظاهرهما مع الوجه ، وذلك لتردد هذا العضو بين أن يكون جزءا من الوجه أو جزءاً من الرأس ، وهذا لامعنى له مع اشتهار الآثار فى ذلك بالمسح واشتهار العمل به . والشافعى يستحب فيهما التكرار كما يستحبه فى مسح الرأس .

(المسئلة العاشرة من الصفات) اتفق العلماء على أن الرجلين من أعضاء الوضوء ، واختلفوا فى نوع طهارتهما ، فقال قوم: طهارتهما الغسل ، وهم الجمهور . وقال قوم : فرضهما المسح ، وقال قوم : بل طهارتهما تجوز بالنوعين : الغسل والمسح ، وإن ذلك راجع إلى اختيار المكلف ، وسبب اختلافهم القراءتان المشهورتان فى آية الوضوء: أعنى قراءة من قرأ ، وأرجلكم بالنصب عطفا على المغسول ، وقراءة من قرأ وأرجلكم بالخفض عطفا على الممسوح ، وذلك أن قراءة النصب ظاهرة فى الغسل . وقراءة الخفض ظاهرة فى المسح كظهور تلك فى الغسل ، فمن ذهب إلى أن فرضهما واحد من هاتين الطهارتين على التعيين إما الغسل وإما المسح ذهب إلى ترجيح ظاهر إحدى القراءتين على القراءة الثانية . وصرف بالتأويل ظاهر القراءة الثانية إلى معنى ظاهر القراءة التى ترجحت عنده ، ومن اعتقد أن دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرها على السواء ، وأنه ليست إحداهما على ظاهرها أدل من الثانية على ظاهرها أيضا جعل ذلك من الواجب المخير ككفارة اليمين وغير ذلك . وبه قال الطبرى وداود . وللجمهور تأويلات فى قراءة الخفض ، أجودها أن ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى . إذ كان ذلك موجودا فى كلام العرب مثل قول الشاعر :

لعب الزمان بها وغـيرها   بعدى سوافى المحور والقطر

بالخفض ، ولو عطف على المعنى لرفع القطر .

وأما الفريق الثانى ، وهم الذين أوجبوا المسح . فإنهم تأولوا قراءة النصب على أنها عطف على الموضع كما قال الشاعر : * فلسنا بالجبال ولا الحديدا *

وقد رجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه الصلاة والسلام إذ قال فى قوم لم يستوفوا غسل أقدامهم فى الوضوء « وَيْلٌ للأعْقابِ مِنَ النَّارِ » قالوا فهذا يدل على أن الغسل هو الفرض . لأن الواجب هو الذى يتعلق بتركه العقاب . وهذا ليس فيه حجة . لأنه إنما وقع الوعيد على أنهم تركوا

أعقابهم دون غسل . ولا شك أن من شرع فى الغسل ففرضه الغسل فى جميع القدم كما أن من شرع فى المسح ففرضه المسح عند من يخير بين الأمرين . وقد يدل هذا على ماجاء فى أثر آخر خرّجه أيضا مسلم أنه قال : فجعلنا نمسح على أرجلنا فنادى « ويل للأعقاب من النار » وهذا الأثر وإن كانت العادة قد جرت بالاحتجاج به فى منع المسح . فهو أدل على جوازه منه على منعه . لأن الوعيد إنما تعلق فيه بترك التعميم لابنوع الطهارة . بل سكت عن نوعها . وذلك دليل على جوازها . وجواز المسح هو أيضا مروى عن بعض الصحابة والتابعين . ولكن من طريق المعنى . فالغسل أشد مناسبة للقدمين من المسح كما أن المسح أشد مناسبة للرأس من الغسل . إذ كانت القدمان لاينقى دنسهما غالبا إلا بالغسل . وينقى دنس الرأس بالمسح وذلك أيضا غالب . والمصالح المعقولة لا يمتنع أن تكون أسبابا للعبادات المفروضة حتى يكون الشرع لاحظ فيهما معنيين : معنى مصلحيا . ومعنى عباديا . وأعنى بالمصلحى مارجع إلى الأمور المحسوسة . وبالعبادى ما رجع « إلى » زكاة النفس . وكذلك اختلفوا فى الكعبين هل يدخلان فى المسح أو فى الغسل عند من أجاز المسح ؟ وأصل اختلافهم الاشتراك الذى فى حرف إلى أعنى فى قوله تعالى ـ وأرجلكم إلى الكعبين ـ وقد تقدم القول فى اشتراك هذا الحرف فى قوله تعالى ـ إلى المرفقين ـ لكن الاشتراك وقع هنالك من جهتين من اشتراك اسم اليد . ومن اشتراك حرف إلى وهنا من قبل اشتراك حرف إلى فقط . وقد اختلفوا فى الكعب ما هو . وذلك لاشتراك اسم الكعب واختلاف أهل اللغة فى دلالته . فقيل هما العظمان اللذان عند معقد الشراك وقيل هما العظمان الناتئان فى طرف الساق . ولا خلاف فيما أحسب فى دخولهما فى الغسل عند من يرى أنهما عند معقد الشراك إذكانا جزءا من القدم . لذلك قال قوم : إنه إذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه : أعنى الشىء الذى يدل عليه حرف إلى . إذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى ـ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ـ .

(المسئلة الحادية عشرة من الشروط) اختلفوا فى وجود ترتيب أفعال الوضوء على نسق الآية . فقال قوم : هو سنة . وهو الذى حكاه المتأخرون

من أصحاب مالك عن المذهب ، وبه قال أبوحنيفة والثورى وداود . وقال قوم : هو فريضة ، وبه قال الشافعى وأحمد وأبو عبيد ، وهذا كله فى ترتيب المفروض مع المفروض . وأما ترتيب الأفعال المفروضة مع الأفعال المسنونة فهو عند مالك مستحب ؛ وقال أبو حنيفة هو سنة ؛ وسبب اختلافهم شيئان : أحدهما الاشتراك الذى فى واو العطف ، وذلك أنه قد يعطف بها الأشياء المرتبة بعضها على بعض ، وقد يعطف بها غير المرتبة ، وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ، ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين ، فقال نحاة البصرة : ليس تقتضى نسقا ولا ترتيبا ، وإنما تقتضى الجمع فقط ، وقال الكوفيون : بل تقتضى النسق والترتيب ؛ فمن رأى أن الواو فى آية الوضوء تقتضى الترتيب قال بإيجاب الترتيب ، ومن رأى أنها لاتقتضى الترتيب لم يقل بإيجابه . والسبب الثانى اختلافهم فى أفعاله عليه الصلاة والسلام ، هل هى محمولة على الوجوب أو على الندب ؟ فمن حملها على الوجوب قال بوجوب الترتيب ، لأنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط إلا مرتبا ، ومن حملها على الندب قال إن الترتيب سنة ، ومن فرق بين المسنون والمفروض من الأفعال قال : إن الترتيب الواجب إنما ينبغى أن يكون فى الأفعال الواجبة ، ومن لم يفرق قال : إن الشروط الواجبة قد تكون فى الأفعال التى ليست واجبة .

(المسئلة الثانية عشرة من الشروط) اختلفوا فى الموالاة فى أفعال الوضوء ، فذهب مالك إلى أن الموالاة فرض مع الذكر ومع القدرة ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم يتفاحش التفاوت . وذهب الشافعى وأبوحنيفة إلى أن الموالاة ليست من واجبات الوضوء ، والسبب فى ذلك الاشتراك الذى فى الواو أيضا ، وذلك أنه قد يعطف بها الأشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض ، وقد يعطف بها الأشياء المتراخية بعضها عن بعض . وقد احتج قوم لسقوط الموالاة بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يتوضأ فى أول طهوره ويؤخر غسل رجليه إلى آخر الطهر ، وقد يدخل الخلاف فى هذه المسئلة أيضا فى الاختلاف فى حمل الأفعال على الوجوب أو على الندب ، وإنما فرق مالك بين العمد والنسيان ، لأن الناسى الأصل فيه فى الشرع أنه معفو عنه إلى أن يقوم الدليل على غير ذلك ، لقوله عليه الصلاة والسلام « رُفِعَ

عَنْ أُمَّتِي الخَطأُ والنِّسْيانُ » وكذلك العذر يظهر من أمر الشرع أن له تأثيرا فى التخفيف . وقد ذهب قوم إلى أن التسمية من فروض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لاوُضُوءَ لِمَنْ لَمْ يُسَمِّ اللهَ » وهذا الحديث لم يصح عند أهل النقل ، وقدحمله بعضهم على أن المراد به النية . وبعضهم حمله على الندب فيما أحسب ، فهذه مشهورات المسائل التى تجرى من هذا الباب مجرى الأصول . وهى كما قلنا متعلقة إما بصفات أفعال هذه الطهارة . وإما بتحديد مواضعها ، وإما بتعريف شروطها وأركانها وسائر ماذكر . ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين إذ كان من أفعال الوضوء .

(والكلام المحيط بأصوله يتعلق بالنظر فى سبع مسائل) بالنظر فى جوازه ، وفى تحديد محله . وفى تعيين محله . وفى صفته : أعنى صفة المحل . وفى توقيته وفى شروطه . وفى نواقضه :

(المسئلة الأولى) فأما الجواز . ففية ثلاثة أقوال : القول المشهور أنه جائز على الإطلاق . وبه قال جمهور فقهاء الأمصار . والقول الثانى جوازه فى السفر دون الحضر . والقول الثالث منع جوازه بإطلاق وهو أشدها . والأقاويل الثلاثة مروية عن الصدر الأول وعن مالك . والسبب فى اختلافهم ما يظن من معارضة آية الوضوء الوارد فيها الأمر بغسل الأرجل للآثار التى وردت فى المسح مع تأخر آية الوضوء ، وهذا الخلاف كان بين الصحابة فى الصدر الأول . فكان منهم من يرى أن آية الوضوء ناسخة لتلك الآثار ، وهو مذهب ابن عباس . واحتج القائلون بجوازه بما رواه مسلم أنه كان يعجبهم حديث جرير ، وذلك أنه روى « أنه رأى النبى عليه الصلاة والسلام يمسح على الخفين . فقيل له إنما كان ذلك قبل نزول المائدة ، فقال : ما أسلمت إلا بعد نزول المائدة » وقال المتأخرون القائلون بجوازه : ليس بين الآية والآثار تعارض . لأن الأمر بالغسل إنما هو متوجه إلى من لاخف له ، والرخصة إنما هى للابس الخف . وقيل إن تأويل قراءة الأرجل بالخفض هو المسح على الخفين . وأما من فرق بين السفر والحضر فلأن أكثر الآثار الصحاح الواردة

ى مسحه عليه الصلاة والسلام إنما كانت فى السفر ، مع أن السفر مشعر بالرخصة والتخفيف ، والمسح على الخفين هو من باب التخفيف ، فإن نزعه مما يشق على المسافر .

(المسئلة الثانية) وأما تحديد المحل فاختلف فيه أيضا فقهاء الأمصار ، فقال قوم : إن الواجب من ذلك مسح أعلى الخف ، وإن مسح الباطن أعنى أسفل الخف مستحب ، ومالك أحد من رأى هذا والشافعى ، ومنهم من أوجب مسح ظهورهما وبطونهما ، وهو مذهب ابن نافع من أصحاب مالك ، ومنهم من أوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطون ، وهو مذهب أبى حنيفة وداود وسفيان وجماعة ، وشذ أشهب فقال : إن الواجب مسح الباطن ، أو الأعلى أيهما مسح [١] ؛ وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة فى ذلك وتشبيه المسح بالغسل ، وذلك أن فى ذلك أثرين متعارضين : أحدهما حديث المغيرة بن شعبه وفيه « أنه صلى الله عليه وسلم مَسَحَ عَلى الخُفِّ وباطِنه » والآخر حديث على « لَوْ كانَ الدِّينُ بالرَّأْى لكانَ أسْفَلُ الخُفِّ أَوْلَى بالمَسْحِ مِنْ أعلاهُ » وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه ، فمن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب ، وحديث علىّ على الوجوب ، وهى طريقة حسنة . ومن ذهب مذهب الترجيح أخذ إما بحديث على ، وإما بحديث المغيرة ، فمن رجح حديث المغيرة على حديث علىّ رجحه من قبل القياس ، أعنى قياس المسح على الغسل ، ومن رجح حديث علىّ رجحه من قبل مخالفته للقياس أو من جهة السند ، والأسعد فى هذه المسئلة هو مالك . وأما من أجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا أعلم له حجة ، لأنه لا هذا الأثر اتبع ، ولا هذا القياس استعمل ، أعنى قياس المسح على الغسل .

(المسئلة الثالثة) وأما نوع محل المسح فإن الفقهاء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين ، واختلفوا فى المسح على الجوربين ، فأجاز ذلك قوم ومنعه قوم ، وممن منع ذلك مالك والشافعى وأبو حنيفة ، وممن أجاز ذلك أبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة وسفيان الثورى . وسبب اختلافهم

---

(١) نسخة فاس : والأعلى مستحب .

اختلافهم فى صحة الآثار الواردة عنه عليه الصلاة والسلام أنه مسح على الجوربين والنعلين . واختلافهم أيضا فى هل يقاس على الخف غيره أم هى عبادة لايقاس عليها ولا يتعدى بها محلها ، فمن لم يصح عنده الحديث أو لم يبلغه ، ولم ير القياس على الخف قصر المسح عليه ، ومن صح عنده الأثر ، أو جوّز القياس على الخف أجاز المسح على الجوربين ، وهذا الأثر لم يخرّجه الشيخان أعنى البخارى ومسلما وصححه الترمذى ، ولتردد الجوربين المجلدين بين الخف والجورب غير المجلد عن مالك فى المسح عليهما روايتان : إحداهما بالمنع والأخرى بالجواز .

(المسئلة الرابعة) وأما صفة الخف ، فإنهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح ، واختلفوا فى المخرق ، فقال مالك وأصحابه : يمسح عليه إذا كان الخرق يسيرا ، وحدد أبو حنيفة بما يكون الظاهر منه أقل من ثلاثة أصابع . وقال قوم بجواز المسح على الخف المنخرق ما دام يسمى خفا وإن تفاحش خرقه . وممن روى عنه ذلك الثورى ، ومنع الشافعى أن يكون فى مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيرا فى أحد القولين عنه وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى انتقال الفرض من الغسل إلى المسح هل هو لموضع الستر أعنى ستر خف القدمين ، أم هو لموضع المشقة فى نوع الخفين ؟ فمن رآه لموضع الستر لم يجز المسح على الخف المنخرق ، لأنه إذا انكشف من القدم شىء انتقل فرضها من المسح إلى الغسل ، ومن رأى أن العلة فى ذلك المشقة لم يعتبر الخرق مادام يسمى خفا . وأما التفريق بين الخرق الكثير واليسير فاستحسان ورفع للحرج . وقال الثورى : كانت خفاف المهاجرين والأنصار لاتسلم من الخروق كخفاف الناس ، فلو كان فى ذلك حظر لورد ونقل عنهم . قلت : هذه المسئلة هى مسكوت عنها ، فلو كان فيها حكم مع عموم الابتلاء به لبينه صلى الله عليه وسلم ، وقد قال تعالى ـ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ ما نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ـ .

(المسئلة الخامسة) وأما التوقيت فإن الفقهاء أيضا اختلفوا فيه ، فرأى مالك أن ذلك غير مؤقت ، وأن لابس الخفين يمسح عليهما مالم ينزعهما أو تصيبه

جنابة ؛ وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن ذلك مؤقت . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد في ذلك ثلاثة أحاديث : أحدها حديث عليّ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثَلاثَةَ أيَّامٍ ولَيالِيَهُنَّ للمُسافِرِ وَيَوْماً وَلَيْلَةً للمُقِيمِ » خرجه مسلم . والثاني حديث أبي بن عمارة « أنه قال يا رسول الله أأمسح على الخف ؟ قال : نعَمْ ، قال : يوما ؟ قال : نعَمْ ، ويومين ؟ قال : نَعَمْ ، قال : وثلاثة ؟ قال نَعَمْ حتى بلغ سبعا ، ثم قال : امْسَحْ ما بَدَا لكَ » خرجه أبو داود والطحاوى . والثالث حديث صفوان بن عسال قال : كنا في سفر فأمرنا أن لاننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن إلا من جنابة ، ولكن من بول أو نوم أو غائط [١] . قلت : أما حديث على فصحيح خرجه مسلم . وأما حديث أبي بن عمارة فقال فيه أبو عمر بن عبد البر إنه حديث لايثبت وليس له إسناد قائم ، ولذلك ليس ينبغي أن يعارض به حديث عليّ . وأما حديث صفوان بن عسال فهو وإن كان لم يخرجه البخارى ولا مسلم فإنه قد صححه قوم من أهل العلم بحديث الترمذى وأبو محمد بن حزم ، وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث أبي كحديث على ، وقد يحتمل أن يجمع بينهما بأن يقال : إن حديث صفوان وحديث على خرجا مخرج السؤال عن التوقيت ، وحديث أبي بن عمارة نص في ترك التوقيت ، لكن حديث أبيّ لم يثبت بعد ، فعلى هذا يجب العمل بحديثى على وصفوان ، وهو الأظهر إلا أن دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس ، وهو كون التوقيت غير مؤثر في نقض الطهارة ، لأن النواقض هي الأحداث .

(المسئلة السادسة) وأما شرط المسح على الخفين ، فهو أن تكون الرجلان طاهرتين بطهر الوضوء ، وذلك شيء مجمع عليه إلا خلافا شاذا . وقد روى عن ابن القاسم عن مالك ذكره ابن لبابة في المنتخب ، وإنما قال به الأكثر لثبوته في حديث المغيرة وغيره إذا أراد أن ينزع الخف عنه ، فقال عليه

(١) هكذا رواية الترمذى ورواية النسائى « ثلاثة أيام بلياليهن » من غائط وبول ونوم إلا من جنابة .

الصلاة والسلام « دَعْهُما فإنى أدْخلتُهما وَهُما طاهِرَتان » والمخالف حمل هذه الطهارة على الطهارة اللغوية ، واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل رجليه ولبس خفيه ثم أتم وضوءه هل يمسح عليهما ؟ فمن لم ير أن الترتيب واجب ورأى أن الطهارة تصح لكل عضو قبل أن تكمل الطهارة لجميع الأعضاء قال بجواز ذلك ، ومن رأى أن الترتيب واجب وأنه، لاتصح طهارة العضو إلا بعد طهارة جميع أعضاء الطهارة لم يجز ذلك ، وبالقول الأول قال أبو حنيفة ، وبالقول الثانى قال الشافعى ومالك ، إلا أن مالكاً لم يمنع ذلك من جهة الترتيب ، وإنما منعه من جهة أنه يرى أن الطهارة لاتوجد للعضو إلا بعد كمال جميع الطهارة ؛ وقد قال عليه الصلاة والسلام « وهما طاهرتان » فأخبر عن الطهارة الشرعية . وفى بعض روايات المغيرة « إذا أدخلت رجليك فى الخف وهما طاهرتان فامسح عليهما » وعلى هذه الأصول يتفرع الجواب فيمن لبس أحد خفيه بعد أن غسل إحدى رجليه وقبل أن يغسل الأخرى ؛ فقال مالك : لايمسح على الخفين لأنه لابس للخف قبل تمام الطهارة ، وهو قول الشافعى وأحمد وإسحاق . وقال أبوحنيفة والثورى والمزى والطبرى وداود: يجوز له المسح ؛ وبه قال جماعة من أصحاب مالك منهم مطرف وغيره ، وكلهم أجمعوا أنه لو نزع الخف الأول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح ، وهل من شرط المسح على الخف أن لايكون على خف آخر عن مالك فيه قولان . وسبب الخلاف هل كما تنتقل طهارة القدم إلى الخف إذا ستره الخف ؛ كذلك تنتقل طهارة الخف الأسفل الواجبة إلى الخف الأعلى ؟ فمن شبه النقلة الثانية بالأولى أجاز المسح على الخف الأعلى . ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يجز ذلك .

(المسئلة السابعة) فأما نواقض هذه الطهارة ، فإنهم أجمعوا على أنها نواقض الوضوء بعينها ؛ واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا ؟ فقال قوم : إن نزعه وغسل قدميه فطهارته باقية ، وإن لم يغسلهما وصلى أعاد الصلاة بعد غسل قدميه ، وممن قال بذلك مالك وأصحابه والشافعى وأبوحنيفة ، إلا أن مالكا رأى أنه إن أخر ذلك استأنف الوضوء على رأيه فى وجوب الموالاة على الشرط الذى تقدم . وقال قوم : طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينقض

الوضوء وليس عليه غسل ، وممن قال بهذا القول داود وابن أبي ليلى . وقال الحسن بن حي : إذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته ، وبكل واحد من هذه الأقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين ، وهذه المسئلة هى مسكوت عنها . وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو أصل بذاته فى الطهارة أو بدل من غسل القدمين عند غيبوبتهما فى الخفين ؟ فإن قلنا هو أصل بذاته فالطهارة باقية وإن نزع الخفين كمن قطعت رجلاه بعد غسلهما ، وإن قلنا إنه بدل ، فيحتمل أن يقال إذا نزع الخف بطلت الطهارة وإن كنا نشترط الفور ، ويحتمل ان يقال إن غسلهما أجزأت الطهارة إذا لم يشترط الفور . وأما اشتراط الفور من حين نزع الخف فضعيف ، وإنما هو شيء يتخيل فهذا ما رأينا أن نثبته فى هذا الباب .

الباب الثالث فى المياه

والأصل فى وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى ـ وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّماءِ ماءً لِيُطَهِّرَكُمْ بِهِ ـ وقوله ـ فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً ـ وأجمع العلماء على أن جميع أنواع المياه طاهرة فى نفسها مطهرة لغيرها ، إلا ماء البحر ، فإن فيه خلافا فى الصدر الأول شاذا ، وهم محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له ، وبالأثر الذى خرجه مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام فى البحر « هُوَ الطَّهورُ ماؤهُ الحِلُّ مَيْتَتُهُ » وهو وإن كان حديثا مختلفا فى صحته ، فظاهر الشرع يعضده ، وكذلك أجمعوا على أن كل مايغير الماء مما لاينفك عنه غالبا أنه لايسلبه صفة الطهارة والتطهير إلا خلافا شاذا روى فى الماء الآجن عن ابن سيرين ، وهو أيضا محجوج بتناول اسم الماء المطلق له ، واتفقوا على أن الماء الذى غيرت النجاسة إما طعمه أو لونه أو ريحه أو أكثر من واحد من هذه الأوصاف أنه لايجوز به الوضوء ولا الطهور . واتفقوا على أن الماء الكثير المستبحر لاتضره النجاسة التى لم تغير أحد أوصافه وأنه طاهر ، فهذا ما أجمعوا عليه من هذا الباب ، واختلفوا من ذلك فى ست مسائل تجرى مجرى القواعد والأصول لهذا الباب :

(المسئلة الأولى) اختلفوا فى المـاء إذا خالطته نجاسة ولم تغير أحد أو صافه » فقال قوم : هو طاهر سواء كان كثيرا أو قليلا ، وهى إحدى الروايات عن مالك ، وبه قال أهل الظاهر ، وقال قوم : بالمفرق بين القليل والكثير ، فقالوا إن كان قليلا كان نجسا ، وإن كان كثيرا لم يكن نجسا . وهؤلاء اختلفوا فى الحد بين القليل والكثير ، فذهب أبو حنيفة إلى أن الحد فى هذا هو أن يكون المـاء من الكثرة بحيث إذا حركه آدمى من أحد طرفيه لم تسر الحركة إلى الطرف الثانى منه . وذهب الشافعى إلى أن الحد فى ذلك هو قلتان من هجر ، وذلك نحو قلال من خمسمائة رطل ، ومنهم من لم يجد فى ذلك حدا ، ولكن قال : إن النجاسة تفسد قليل المـاء وإن لم تغير أحد أوصافه ، وهذا أيضا مرويّ عن مالك ، وقد روى أيضا أن هذا الماء مكروه فيتحصل عن مالك فى المـاء اليسير تحله النجاسة اليسيرة ثلاثة أقوال : قول إن النجاسة تفسده ، وقول إنها لاتفسده إلا أن يتغير أحد أوصافه ، وقول إنه مكروه . وسبب اختلافهم فى ذلك هو تعارض ظواهر الأحاديث الواردة فى ذلك ، وذلك أن حديث أبى هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا استيقظ أحدكم من نومه » الحديث ، يفهم من ظاهره أن قليل النجاسة ينجس قليل المـاء . وكذلك أيضا حديث أبى هريرة الثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « لايَبُولَنَّ أحَدُكُمْ فى المَاءِ الدَّائِمِ ثُمَّ يَغْتَسِلُ فِيهِ » فإنه يوهم بظاهره أيضا أن قليل النجاسة ينجس قليل المـاء . وكذلك ماورد من النهى عن اغتسال الجنب فى المـاء الدائم . وأما حديث أنس الثابت « أن أعرابيا قام الى ناحية من المسجد فبال فيها ، فصاح به الناس ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : دَعُوهُ ، فلما فرغ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذَنوب ماء فصُبَّ على بوله » فظاهره أن قليل النجاسة لايفسد قليل المـاء ، إذ معلوم أن ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب . وحديث أبى سعيد الخدرى كذلك أيضا خرّجه أبو داود قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له « إنه يستقى من بئر بضاعة ، وهى بئر يلقى فيها لحوم الكلاب والمحائض وعذرة الناس ، فقال النبى عليه الصلاة والسلام : إنَّ المـاءَ لا يُنَجِّسُهُ

شَيْءٌ » فرام العلماء الجمع بين هذه الأحاديث واختلفوا فى طريق الجمع فاختلفت لذلك مذاهبهم ؛ فمن ذهب إلى القول بظاهر حديث الأعرابى وحديث أبى سعيد قال : إن حديثى أبى هريرة غير معقولى المعنى ، وامتثال ما تضمناه عبادة لا لأن ذلك الماء ينجس ، حتى إن الظاهرية أفرطت فى ذلك فقالت : لو صب البول إنسان فى ذلك الماء من قدح لما كره الغسل به والوضوء ، فجمع بينهما على هذا الوجه من قال هذا القول ، ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الأحاديث ، فإنه حمل حديثى أبى هريرة على الكراهية ، وحمل حديث الأعرابى وحديث أبى سعيد على ظاهرهما ، أعنى على الإجزاء . وأما الشافعى وأبو حنيفة ، فجمعا بين حديثى أبى هريرة وحديث أبى سعيد الخدرى ، بأن حملا حديثى أبى هريرة على الماء القليل ، وحديث أبى سعيد على الماء الكثير . وذهب الشافعى إلى أن الحد فى ذلك الذى يجمع الأحاديث هو ما ورد فى حديث عبد الله بن عمر عن أبيه ، خرجه أبو داود والترمذى ، وصححه أبو محمد بن حزم قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب ؟ فقال إنْ كانَ المَاءُ قُلَّتينِ لمْ يَحْمِلْ خَبَثًا » وأما أبو حنيفة فذهب إلى أن الحد فى ذلك من جهة القياس ، وذلك أنه اعتبر سريان النجاسة فى جميع الماء بسريان الحركة ، فإذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لا يمكن فيها أن تسرى فى جميعه فالماء طاهر ، لكن من ذهب هذين المذهبين فحديث الأعرابى المشهور معارض له ولا بد ، فلذلك لجأت الشافعية إلى أن فرّقت بين ورود الماء على النجاسة وورودها على الماء . فقالوا إن ورد عليها الماء كما فى حديث الأعرابى لم ينجس ، وإن وردت النجاسة على الماء كما فى حديث أبى هريرة نجس . وقال جمهور الفقهاء : هذا تحكم ، وله إذا تؤمل وجه من النظر ، وذلك أنهم إنما صاروا إلى الإجماع على أن النجاسة اليسيرة لا تؤثر فى الماء الكثير إذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة لا تسرى فى جميع أجزائه ، وأنه يستحيل عينها عن الماء الكثير ، وإذا كان ذلك كذلك ، فلا يبعد أن قدراً مّا من الماء لو حله قدر مّا من النجاسة لسرت فيه ولكان نجسا ، فإذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزءا فجزءا فمعلوم أنه تفنى عين تلك النجاسة وتذهب قبل

فناء ذلك الماء . وعلى هذا فيكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهّر المحل لأن نسبته إلى ماورد عليه مما بقى من النجاسة نسبة الماء الكثير إلى القليل من النجاسة ، ولذلك كان العلم يقع فى هذه الحال بذهاب عين النجاسة ، أعنى فى وقوع الجزء الأخير الطاهر على آخر جزء يبقى من عين النجاسة ، ولهذا أجمعوا على أن مقدار ما يتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة فى الثوب أوالبدن . واختلفوا إذا وقعت القطرة من البول فى ذلك القدر من الماء . وأولى المذاهب عندى وأحسنها طريقة فى الجمع ، هو أن يحمل حديث أبى هريرة وما فى معناه على الكراهية ، وحديث أبى سعيد وأنس على الجواز ، لأن هذا التأويل يبقى مفهوم الأحاديث على ظاهرها ، أعنى حديثى أبى هريرة من أن المقصود بها تأثير النجاسة فى الماء ؛ وحد الكراهية عندى هو ما تعافه النفس وترى أنه ماء خبيث . وذلك أن ما يعاف الإنسان شربه يجب أن يجتنب استعماله فى القربة إلى الله تعالى ، وأن يعاف وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله . وأما من احتج بأنه لو كان قليل النجاسة ينجس قليل الماء لما كان الماء يطهر أحداً أبدا ، إذ كان يجب على هذا أن يكون المنفصل من الماء عن الشىء النجس المقصود تطهيره أبدا نجسا ، فقول لامعنى له ، لما بيناه من أن نسبة آخر جزء يرد من الماء على آخر جزء يبقى من النجاسة فى المحل نسبة الماء الكثير إلى النجاسة القليلة ، وإن كان يعجب به كثير من المتأخرين . فإنا نعلم قطعا أن الماء الكثير يحيل النجاسة ويقلب عينها إلى الطهارة . ولذلك أجمع العلماء على أن الماء الكثير لاتفسده النجاسة القليلة ، فإذا تابع الغاسل صب الماء على المكان النجس أو العضو النجس ، فيحيل الماء ضرورة عين النجاسة بكثرته ، ولا فرق بين الماء الكثير أن يرد على النجاسة الواحدة بعينها دفعة ، أو يرد عليها جزءا بعد جزء ، فإذاً هؤلاء إنما احتجوا بموضع الإجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك ، والموضعان فى غاية التباين ، فهذا ما ظهر لنا فى هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح أقوالهم فيها ، ولوددنا لو أنْ سلكنا فى كل مسئلة هذا المسلك ، لكن رأينا أن هذا يقتضى طولا وربما عاق الزمان

عنه ، وأن الأحوط هو أن نؤم الغرض الأول الذى قصدناه ، فإن يسر الله تعالى فيه وكان لنا انفساح من العمر فسيتم هذا الغرض .

(المسئلة الثانية) الماء الذى خالطه زعفران أو غيره من الأشياء الطاهرة التى تنفك منه غالبا متى غيرت أحد أوصافه ، فإنه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعى ، ومطهر عند أبى حنيفة ما لم يكن التغير عن طبخ . وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطلق للماء الذى خالطه أمثال هذه الأشياء ، أعنى هل يتناوله أو لايتناوله ؟ فمن رأى أنه لايتناوله اسم الماء المطلق وإنما يضاف إلى الشىء الذى خالطه فيقال ماء كذا لا ماء مطلق لم يجز الوضوء به ، إذ كان الوضوء إنما يكون بالماء المطلق ، ومن رأى أنه يتناوله اسم الماء المطلق أجاز به الوضوء ، ولظهور عدم تناول اسم الماء للماء المطبوخ مع شىء طاهر اتفقوا على أنه لايجوز الوضوء به ، وكذلك فى مياه النبات المستخرجة منه إلا ما فى كتاب ابن شعبان من إجازة طهر الجمعة بماء الورد . والحق أن الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة ، فقد يبلغ من الكثرة إلى حد لا يتناوله اسم الماء المطلق مثل ما يقال ماء الغسل ، وقد لايبلغ إلى ذلك الحد ، وبخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ، ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف ، وقد قال عليه الصلاة والسلام لأم عطية عند أمره إياها بغسل ابنته « اغْسِلْنَهَا بِماءٍ وَسِدْرٍ واجْعَلْنَ فى الأخِيرَةِ كافُورًا أو شَيْئًا مِنْ كافُورٍ » فهذا ماءٌ مختلطٌ ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق ، وقد روى عن مالك باعتبار الكثرة فى المخالطة والقلة والفرق بينهما ، فأجازه مع القلة وإن ظهرت الأوصاف ، ولم يجزه مع الكثرة .

(المسئلة الثالثة) الماء المستعمل فى الطهارة . اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال : فقوم لم يجيزوا الطهارة به على كل حال ، وهو مذهب الشافعى وأبى حنيفة ، وقوم كرهوه ولم يجيزوا التيمم مع وجوده ، وهو مذهب مالك وأصحابه . وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا ، وبه قال أبو ثور وداود وأصحابه ، وشذ أبو يوسف فقال إنه نجس . وسبب الخلاف فى هذا أيضا ما يظن من أنه

لايتناوله اسم الماء المطلق حتى إن بعضهم غلا فظن أن اسم الغسالة أحق به من اسم الماء ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم كان أصحابه يقتتلون على فضل وضوئه ، ولا بد أن يقع من الماء المستعمل فى الإناء الذى بقى فيه الفضل. وبالجملة فهو ماء مطلق لأنه فى الأغلب ليس ينتهى إلى أن يتغير أحد أوصافه بدنس الأعضاء التى تغسل به ، فإن انتهى إلى ذلك ، فحكمه حكم الماء الذى تغير أحد أوصافه بشيء طاهر ، وإن كان هذا تعافه النفوس أكثر ، وهذا لحظ من كرهه ، وأما من زعم أنه نجس فلا دليل معه .

(المسئلة الرابعة) اتفق العلماء على طهارة أسآر المسلمين وبهيمة الأنعام ، واختلفوا فيما عدا ذلك اختلافا كثيرا ، فمنهم من زعم أن كل حيوان طاهر السؤر ، ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط ، وهذا القولان مرويان عن مالك ، ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب ، وهو مذهب الشافعى ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة ، وهو مذهب ابن القاسم ، ومنهم من ذهب إلى أن الأسآر تابعة للحوم ، فإن كانت اللحوم محرمة فالأسآر نجسة ، وإن كانت مكروهة فالأسآر مكروهة ، وإن كانت مباحة فالأسآر طاهرة . وأما سؤر المشرك فقيل إنه نجس ، وقيل إنه مكروه إذا كان يشرب الخمر ، وهو مذهب ابن القاسم ، وكذلك عنده جميع أسآر الحيوانات التى لاتتوقى النجاسة غالبا مثل الدجاج المخلاة والإبل الجلالة والكلاب المخلاة . وسبب اختلافهم فى ذلك هو ثلاثة أشياء : أحدها معارضة القياس لظاهر الكتاب . والثانى معارضته لظاهر الآثار . والثالث معارضة الآثار بعضها بعضا فى ذلك . أما القياس فهو أنه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب أن تكون الحياة هى سبب طهارة عين الحيوان ، وإذا كان ذلك كذلك فكل حى طاهر العين ، وكل طاهر العين فسؤره طاهر . وأما ظاهر الكتاب فإنه عارض هذا القياس فى الخنزير والمشرك ، وذلك أن الله تعالى يقول فى الخنزير ـ فَإِنَّهُ رِجْسٌ ـ وما هو رجس فى عينه فهو نجس لعينه ، ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحى الخنزير فقط ، ومن لم يستثنه حمل قوله « رجس » على جهة الذم له . وأما المشرك ففى قوله تعالى ـ إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ

نجَس ‌" ـ فمن حمل هذا أيضا على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك فى القياس المشركين ، ومن أخرجه مخرج الذم لهم طرد قياسه . وأما الآثار فإنها عارضت هذا القياس فى الكلب والهر والسباع . أما الكلب فحديث أبى هريرة المتفق على صحته ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذَا وَلَغَ الكَلْبُ فى إناء أحَدِكُمْ فَلْيُرِقْهُ ولْيَغْسِلْهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ » وفى بعض طرقه « أُولاَهُنَّ بالتُّرابِ » وفى بعضها « وَعَفِّرُوهُ الثَّامِنَةَ بالتُّرابِ » وأما الهر فما رواه قرّة عن ابن سيرين عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « طَهُورُ الإناء إذَا وَلَغَ فِيهِ الهِرُّ أنْ يُغْسَلَ مَرَّةً أومَرَّتَيْنِ » وقرة ثقة عند أهل الحديث . وأما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن أبيه قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال : إنْ كانَ المَاءُ قُلَّتَيْنِ لمْ يَحْمِلْ خَبَثًا » . وأما تعارض الآثار فى هذا الباب ، فمنها أنه روى عنه « أنه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحياض التى بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع ، فقال : « لهَا ما حَمَلَتْ فى بطُونها وَلَكُمْ ما غَبَرَ شَرَابا وَطَهُورًا » ونحو هذا حديث عمر الذى رواه مالك فى موطئه وهو قوله « يا صاحبَ الحَوْضِ لا تُخْبِرْنا فإنَّا نَرِدُ عَلَى السِّباعِ وتَرِدُ عَلَيْنا » وحديث أبى قتادة أيضا الذى خرجه مالك « أن كبشة سكبت له وضوءا فجاءت هرة لتشرب منه فأصغى لها الإناء حتى شربت ، ثم قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إنَّها لَيْسَتْ بِنَجِس إنَّما هىَ مِنَ الطَّوَّافِينَ عَلَيْكُمْ أو الطَّوَّافاتِ » فاختلف العلماء فى تأويل هذه الآثار ووجه جمعها مع القياس المذكور ؛ فذهب مالك فى الأمر بإراقة سؤر الكلب وغسل الإناء منه ، إلى أن ذلك عبادة غير معللة ، وأن الماء الذى يلغ فيه ليس بنجس ، ولم ير إراقة ما عدا الماء من الأشياء التى يلغ فيها الكلب فى المشهور عنه ، وذلك كما قلنا لمعارضة ذلك القياس له ، ولأنه ظن أيضا أنه إن فهم منه أن الكلب نجس العين عارضه ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى فَكُلُوا مِمَّا أمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ـ يريد أنه لو كان نجس العين لنجس الصيد بمماسته ، وأيد هذا التأويل بما جاء فى غسله من العدد والنجاسات ليس

يشترط فى غسلها العدد فقال : إن هذا الغسل إنما هو عبادة ، ولم يعرّج على سائر تلك الآثار لضعفها عنده . وأما الشافعى فاستثنى الكلب من الحيوان الحى ورأى أن ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة سؤره ، وأن لعابه هو النجس لاعينه فيما أحسب ، وأنه يجب أن يغسل الصيد منه ، وكذلك استثنى الخنزير لمكان الآية المذكورة . وأما أبو حنيفة فإنه زعم أن المفهوم من هذه الآثار الواردة بنجاسة سؤر السباع والهر والكلب هو من قبل تحريم لحومها ، وأن هذا من باب الخاص أريد به العام فقال : الأسآر تابعة للحوم الحيوان . وأما بعض الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهر والسباع على ظاهر الأحاديث الواردة فى ذلك . وأما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر ، فاستثنى من ذلك السباع فقط . أما سؤر الكلب فالعدد المشترط فى غسله ، ولمعارضة ظاهر الكتاب له ولمعارضة حديث أبى قتادة له ، إذ علل عدم نجاسة الهرة من قبل أنها من الطوافين والكلب طواف . وأما الهرة فصيرا إلى ترجيح حديث أبى قتادة على حديث قرة عن ابن سيرين ، وترجيح حديث ابن عمر على حديث عمر ، وماوردفى معناه لمعارضة حديث أبى قتادة له بدليل الخطاب ؛ وذلك أنه لما علل عدم النجاسة فى الهرة بسبب الطواف فهم منه أن ما ليس بطوّاف وهى السباع فأسآرها محرمة ، وممن ذهب هذا المذهب ابن القاسم . وأما أبو حنيفة فقال كما قلنا بنجاسة سؤر الكلب ، ولم ير العدد فى غسله شرطا فى طهارة الإناء الذى ولغ فيه لأنه عارض ذلك عنده القياس فى غسل النجاسات ، أعنى أن المعتبر فيها إنما هو إزالة العين فقط ، وهذا على عادته فى رد أخبار الآحاد لمكان معارضة الأصول لها . قال القاضى : فاستعمل من هذا الحديث بعضا ولم يستعمل بعضا ، أعنى أنه استعمل منه مالم تعارضه عنده الأصول ، ولم يستعمل ما عارضته منه الأصول ، وعضد ذلك بأنه مذهب أبى هريرة الذى روى الحديث ، فهذه هى الأشياء التى حركت الفقهاء إلى هذا الاختلاف الكثير فى هذه المسألة وقادتهم إلى الافتراق فيها ، والمسئلة اجتهادية محضة يعسر أن يوجد فيها ترجيح ، ولعل الأرجح أن يستثنى من طهارة أسآر الحيوان الكلب والخنزير والمشرك لصحة الآثار الواردة فى الكلب ولأن ظاهر الكتاب أولى أن يتبع فى القول بنجاسة عين الخنزير والمشرك من

القياس ، وكذلك ظاهر الحديث ، وعليه أكثر الفقهاء ، أعنى على القول بنجاسة سؤر الكلب ، فإن الأمر باراقة ماولغ فيه الكلب مخيل ومناسب فى الشرع لنجاسة الماء الذى ولغ فيه ، أعنى أن المفهوم بالعادة فى الشرع من الأمر بإراقة الشيء وغسل الإناء منه هو لنجاسة الشيء ، وما اعترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الإناء لما اشترط فيه العدد ، فغير نكير أن يكون الشرع يخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظا لها

قال القاضى : وقد ذهب جدى رحمة الله عليه فى كتاب المقدمات إلى أن هذا الحديث معلل معقول المعنى ليس من سبب النجاسة . بل من سبب ما يتوقع أن يكون الكلب الذى ولغ فى الإناء كلبا ، فيخاف من ذلك السم . قال : ولذلك جاء هذا العدد الذى هو السبع فى غسله ، فإن هذا العدد قد استعمل فى الشرع فى مواضع كثيرة فى العلاج والمداواة من الأمراض ، وهذا الذى قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية ، فإنه إذا قلنا إن ذلك الماء غير نجس ، فالأولى أن يعطى علة فى غسله من أن يقول إنه غير معلل ، وهذا طاهر بنفسه ، وقد اعترض عليه فيما بلغنى بعض الناس بأن قال : إن الكب الكَلِب لايقرب الماء فى حين كلبه ، وهذا الذى قالوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب ، لا فى مباديها وفى أول حدوثها ، فلا معنى لاعتراضهم . وأيضا فإنه ليس فى الحديث ذكر الماء ، وإنما فيه ذكر الإناء ، ولعل فى سؤره خاصية من هذا الوجه ضارة ، أعنى قبل أن يستحكم به الكَلَب ، ولا يستنكر ورود مثل هذا فى الشرع ، فيكون هذا من باب ما ورد فى الذباب إذا وقع فى الطعام أن يغمس ، وتعليل ذلك بأن فى أحد جناحيه داء وفى الآخر دواء . وأما ماقيل فى المذهب من أن هذا الكلب هو الكلب المنهى عن اتخاذه أو الكلب الحضرى فضعيف وبعيد من هذا التعليل ، إلا أن يقول قائل : إن ذلك أعنى النهى من باب التحريج فى اتخاذه .

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء فى أسآر الطهر على خمسة أقوال : فذهب قوم إلى أن أسآر الطهر طاهرة بإطلاق ، وهو مذهب مالك والشافعى وأبى حنيفة . وذهب آخرون إلى أنه لايجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ، ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل ، وذهب آخرون إلى أنه يجوز للرجل أن

يتطهر بسؤر المرأة مالم تكن المرأة جنبا أو حائضا ، وذهب آخرون إلى أنه لايجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه إلا أن يشرعا معا . وقال قوم : لايجوز وإن شرعا معا ، وهو مذهب أحمد بن حنبل . وسبب اختلافهم فى هذا اختلاف الآثار ، وذلك أن فى ذلك أربعة آثار : أحدها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من إناء واحد والثانى حديث ميمونة أنه اغتسل من فضلها . والثالث حديث الحكم الغفارى أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة ، خرجه أبو داود والترمذى . والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ، ولكن يشرعان معا » . فذهب العلماء فى تأويل هذه الأحاديث مذهبين : مذهب الترجيح ، ومذهب الجمع فى بعض والترجيح فى بعض . أما من رجح حديث اغتسال النبى صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من إناء واحد على سائر الأحاديث ، لأنه مما اتفق الصحاح على تخريجه ، ولم يكن عنده فرق بين أن يغتسلا معا أو يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه ، لأن المغتسلين معا كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه ، وصحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الغفارى فقال بطهر الأسآر على الإطلاق . وأما من رجح حديث الغفارى على حديث ميمونة وهو مذهب أبى محمد بن حزم . وجمع بين حديث الغفارى وحديث اغتسال النبى عليه الصلاة والسلام مع أزواجه من إناء واحد بأن فرق بين الاغتسال معا ، وبين أن يغتسل أحدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط أجاز للرجل أن يتطهر مع المرأة من إناء واحد ، ولم يجز أن يتطهر هو من فضل طهرها ، وأجاز أن تتطهر هى من فضل طهره . وأما من ذهب مذهب الجمع بين الأحاديث كلها ما خلا حديث ميمونة ، فإنه أخذ بحديث عبد الله بن سرجس ، لأنه يمكن أن يجتمع عليه حديث الغفارى ، وحديث غسل النبى صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من إناء واحد ويكون فيه زيادة ، وهى أن لاتتوضأ المرأة أيضا بفضل الرجل ، لكن يعارضه حديث ميمونة ، وهو حديث خرجه مسلم ، لكن قد علله كما قلنا بعض الناس من أن بعض رواته قال فيه : أكثر ظنى أو أكثر

علمى أن أبا الشعثاء حدثنى ، وأما من لم يجز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه ولا يشرعان معا ، فلعله لم يبلغه من الأحاديث إلا حديث الحكم الغفارى وقاس الرجل على المرأة . وأما من نهى عن سؤر المرأة الجنب والحائض فقط ، فلست أعلم له حجة إلا أنه مروى عن بعض السلف أحسبه عن ابن عمر .

(المسئلة السادسة) صار أبوحنيفة من بين معظم أصحابه وفقهاء الأمصار إلى إجازة الوضوء بنبيذ التمر فى السفر لحديث ابن عباس «أن ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن ، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هَلْ مَعَكَ مِنْ ماء ؟ فقال : معى نبيذ فى إداوتى ، فقال رسول الله صلى عليه وسلم : اصْبُبْ فَتَوَضَّأَ بِهِ ، وقال : شرابٌ وطَهُورٌ » وحديث أبى رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله ، وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تَمْرَةٌ طَيِّبَةٌ وماءٌ طَهُورٌ » وزعموا أنه منسوب إلى الصحابة على وابن عباس ، وأنه لا مخالف لهم من الصحابة ، فكان كالإجماع عندهم . وردّ أهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواته ، ولأنه قد روى من طرق أوثق من هذه الطرق أن ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن . واحتج الجمهور لرد هذا الحديث بقوله تعالى ـ فَلَمْ تَجِدُوا ماء فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّبا ـ قالوا فلم يجعل ههنا وسطا بين الماء والصعيد ، وبقوله عليه الصلاة والسلام « الصَّعِيدُ الطَّيِّبُ وَضُوءُ المُسْلِمِ وإنْ لَمْ يَجِدِ المَاءَ إلى عَشْرِ حِجَجٍ ، فَإذَا وَجَدَ المَاءَ فَلْيُمِسَّهُ بَشَرَتَهُ » ولهم أن يقولوا إن هذا قد أطلق عليه فى الحديث اسم الماء ، والزيادة لا تقتضى نسخا فيعارضها الكتاب ، لكن هذا مخالف لقولهم إن الزيادة نسخ .

الباب الرابع فى نواقض الوضوء

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى ـ أَوْ جاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنْ الغائط أو لامَسْتُمُ النِّساءَ ـ وقوله عليه الصلاة والسلام « لا يَقْبَلُ اللهُ صلاةَ

مَنْ أَحْدَثَ حَتَّى يَتَوَضَّأَ » واتفقوا فى هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذى والودى لصحة الآثار فى ذلك إذا كان خروجها على وجه الصحة .

(ويتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل) تجرى منه مجرى القواعد لهذا الباب .

(المسئلة الأولى) اختلف علماء الأمصار فى انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس على ثلاثة مذاهب : فاعتبر قوم فى ذلك الخارج وحده من أى موضع خرج وعلى أى جهة خرج ، وهو أبو حنيفة وأصحابه والثورى وأحمد وجماعة ولهم من الصحابة السلف فقالوا : كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء كالدم والرعاف الكثير والفصد والحجامة والقيء إلا البلغم عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة : إنه إذا ملأ الفم ففيه الوضوء ، ولم يعتبر أحد من هؤلاء اليسير من الدم إلا مجاهد ، واعتبر قوم آخرون المخرجين الذكر والدبر ، فقالوا : كل ما خرج من هذين السبيلين فهو ناقض للوضوء من أى شيء خرج من دم أو حصا أو بلغم وعلى أى وجه خرج كان خروجه على سبيل الصحة أو على سبيل المرض ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأصحابه ومحمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك . واعتبر قوم آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج ، فقالوا : كل ما خرج من السبيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذى والودى والريح إذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينقض الوضوء ، فلم يروا فى الدم والحصاة والدود وضوءا ولا فى السلس ، وممن قال بهذا القول مالك وجل أصحابه . والسبب فى اختلافهم أنه لما أجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السبيلين من غائط وبول وريح ومذى لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك . تطرق إلى ذلك ثلاث احتمالات : أحدها أن يكون الحكم إنما علق بأعيان هذه الأشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله . الاحتمال الثانى أن يكون الحكم إنما علق بهذه من جهة أنها أنجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة ، والطهارة إنما يؤثر فيها النجس . والاحتمال الثالث أن يكون الحكم أيضا إنما علق بها من جهة أنها خارجة من هذين

السبيلين ، فيكون على هذين القولين الأخيرين ورود الأمر بالوضوء من تلك الأحداث المجمع عليها إنما هو من باب الخاص أريد به العام ويكون عند مالك وأصحابه إنما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه ؛ فالشافعى وأبو حنيفة اتفقا على أن الأمر بها هو من باب الخاص أريد به العام ، واختلفا أىُّ عام هو الذى قُصِدَ به ؟ فمالك يرجح مذهبه بأن الأصل هو أن يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك ، والشافعى محتج بأن المراد به المخرج لا الخارج باتفاقهم على إيجاب الوضوء من الريح الذى يخرج من أسفل . وعدم إيجاب الوضوء منه إذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة . والفرق بينهما اختلاف المخرجين ، فكان هذا تنبيها على أن الحكم للمخرج وهو ضعيف لأن الريحين مختلفان فى الصفة والرائحة ، وأبو حنيفة يحتج لأن المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة فى الطهارة ، وهذه الطهارة وإن كانت طهارة حكمية فإن فيها شبها من الطهارة المعنوية ، أعنى طهارة النجس . وبحديث ثوبان « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ » وبما روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من إيجابهما الوضوء من الرعاف وبما روى من أمره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة ، فكان المفهوم من هذا كله عند أبى حنيفة الخارج النجس . وإنما اتفق الشافعى وأبو حنيفة على إيجاب الوضوء من الأحداث المتفق عليها وإن خرجت على جهة المرض لأمره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض . وأما مالك فرأى أن المرض له ههنا تأثير فى الرخصة قياسا أيضا على ما روى أيضا من أن المستحاضة لم تؤمر إلا بالغسل فقط ، وذلك أن حديث فاطمة بنت أبى حبيش هذا هو متفق على صحته ، ويختلف فى هذه الزيادة فيه . أعنى الأمر بالوضوء لكل صلاة . ولكن صححها أبو عمر ابن عبد البر . قياسا على من يغلبه الدم من جرح ولا ينقطع ، مثل ما روى أن عمر رضى الله عنه صلى وجرحه يثعب دما .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى النوم على ثلاثة مذاهب : فقوم رأوا أنه حدث . فأوجبوا من قليله وكثيره الوضوء . وقوم رأوا أنه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء إلا إذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك ،

وإذا شك على مذهب من يعتبر الشك حتى إن بعض السلف كان يوكل بنفسه إذا نام من يتفقد حاله ، أعنى هل يكون منه حدث أم لا ؟ وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستثقل ، فأوجبوا فى الكثير المستثقل الوضوء دون القليل . وعلى هذا فقهاء الأمصار والجمهور . ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستثقال من النوم أكثر من بعض ، وكذلك خروج الحدث اختلف الفقهاء فى ذلك ، فقال مالك : من نام مضطجعا أو ساجدا فعليه الوضوء ، طويلا كان النوم أو قصيرا . ومن نام جالسا فلا وضوء عليه إلا أن يطول ذلك به . واختلف القول فى مذهبه فى الراكع ، فمرة قال حكمه حكم القائم ، ومرة قال حكمه حكم الساجد . وأما الشافعى فقال : على كل نائم كيفما نام الوضوء إلا من نام جالسا . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لاوضوء إلا على من نام مضطجعا . وأصل اختلافهم فى هذه المسئلة اختلاف الآثار الواردة فى ذلك . وذلك أن ههنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس فى النوم وضوء أصلا ، كحديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل إلى ميمونة فنام عندها حتى سمعنا غطيطه ثم صلى ولم يتوضأ » وقوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا نَعِسَ أَحَدُكُمْ فِى الصَّلَاةِ فَلْيَرْقُدْ حَتَّى يَذْهَبَ عَنْهُ النَّوْمُ ، فإِنَّهُ لَعَلَّهُ يَذْهَبُ أَنْ يَسْتَغْفِرَ رَبَّهُ فَيَسُبَّ نَفْسَهُ » وما روى أيضا « أن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون المسجد حتى تخفق رءوسهم ثم يصلون ولا يتوضئون » وكلها آثار ثابتة وههنا أيضا أحاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث ، وأبينها فى ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك أنه قال « كنا فى سفر مع النبى صلى الله عليه وسلم فأمرنا أن لاننزع خفافنا من غائط وبول ونوم ولا ننزعها إلا من جنابة » فسوى بين البول والغائط والنوم ، صححه الترمذى . ومنها حديث أبى هريرة المتقدم ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ فَلْيَغْسِلْ يَدَهُ قَبْلَ أَنْ يُدْخِلَهَا فِى وَضُوئِهِ » فإن ظاهره أن النوم يوجب الوضوء قليله وكثيره . وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عند من كان عنده المعنى فى قوله تعالى ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إلى

الصَّلاة ـ أى إذا قمتم من النوم على ماروى عن زيد بن أسلم وغيره من السلف فلما تعارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها مذهبين : مذهب الترجيح ، ومذهب الجمع ؛ فمن ذهب مذهب الترجيح إما أسقط وجوب الوضوء من النوم أصلا على ظاهر الأحاديث التى تسقطه ، وإما أوجبه من قليله وكثيره على ظاهر الأحاديث التى توجبه أيضا ، أعنى على حسب ما ترجح عنده من الأحاديث الموجبة ، أو من الأحاديث المسقطة ؛ ومن ذهب مذهب الجمع حمل الأحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمسقطة للوضوء على القليل ، وهو كما قلنا مذهب الجمهور ، والجمع أولى من الترجيح ما أمكن الجمع عند أكثر الأصوليين . وأما الشافعى فإنما حملها على أن استثنى من هيئات النائم الجلوس فقط لأنه قد صح ذلك عن الصحابة ، أعنى أنهم كانوا ينامون جلوسا ولا يتوضئون ويصلون . وإنما أوجبه أبوحنيفة فى النوم فى الاضطجاع فقط لأن ذلك ورد فى حديث مرفوع ، وهو أنه عليه الصلاة والسلام قال « إِنَّمَا الوُضُوءُ عَلَى مَنْ نامَ مُضْطَجِعا » والرواية بذلك ثابتة عن عمر . وأما مالك فلما كان النوم عنده إنما ينقض الوضوء من حيث كان غالبا سببا للحدث راعى فيه ثلاثة أشياء : الاستثقال أو الطول أو الهيئة ، فلم يشترط فى الهيئة التى يكون منها خروج الحدث غالبا لا الطول ولا الاستثقال ، واشترط ذلك فى الهيئات التى لايكون خروج الحدث منها غالبا .

(المسئلة الثالثة) اختلف العلماء فى إيجاب الوضوء من لمس النساء باليد أو بغير ذلك من الأعضاء الحساسة ، فذهب قوم إلى أن من لمس امرأة بيده مفضيا إليها ليس بينها وبينه حجاب ولاستر فعليه الوضوء ، وكذلك من قبلها لأن القبلة عندهم لمس مَّا ، سواء التذ أم لم يلتذ وبهذا القول قال الشافعى وأصحابه ، إلا أنه مرة فرق بين اللامس والملموس ، فأوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ، ومرة سوّى بينهما ، ومرة أيضا فرق بين ذوات المحارم والزوجة ، فأوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوات المحارم ، ومرة سوّى بينهما . وذهب آخرون إلى إيجاب الوضوء من اللمس إذا قارنته اللذة أو قصد اللذة فى تفصيل لهم فى ذلك وقع بحائل أو بغير حائل بأىّ

عضو اتفق ما عدا القبلة ، فإنهم لم يشترطو لذة فى ذلك ، وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه . ونفى قوم إيجاب الوضوء لمن لمس النساء وهو مذهب أبى حنيفة ، ولكل سلف من الصحابة إلا اشتراط اللذة فإنى لا أذكر أحدا من الصحابة اشترطها . وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اشتراك اسم اللمس فى كلام العرب ، فإن العرب تطلقه مرة على اللمس الذى هو باليد ، ومرة تكنى به على الجماع ، فذهب قوم إلى أن اللمس الموجب للطهارة فى آية الوضوء هو الجماع فى قوله تعالى ـ أو لامستم النساء ـ وذهب آخرون إلى أنه اللمس باليد ، ومن هؤلاء من رآه من باب العام أريد به الخاص فاشترط فيه اللذة ، ومنهم من رآه من باب العام أريد به العام فلم يشترط اللذة فيه ، ومن اشترط اللذة فإنما دعاه إلى ذلك ما عارض عموم الآية من أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند سجوده بيده وربما لمسته وخرج أهل الحديث حديث حبيب بن أبى ثابت عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه قبل بعض نسائه ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ ، فقلت من هى إلا أنت ؟ فضحكت » قال أبو عمر هذا الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون ، وإلى تصحيحه مال أبو عمر بن عبد البر قال : وروى هذا الحديث أيضا من طريق معبد بن نباتة . وقال الشافعى إن ثبت حديث معبد بن نباتة فى القبلة لم أر فيها ولا فى اللمس وضوءا . وقد احتج من أوجب الوضوء من اللمس باليد بأن اللمس ينطلق حقيقة على اللمس باليد وينطلق مجازا على الجماع ، وأنه إذا تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز ، فالأولى أن يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ؛ ولأولئك أن يقولوا إن المجاز إذا كثر استعماله كان أدل على المجاز منه على الحقيقة كالحال فى اسم الغائط الذى هو أدل على الحدث الذى هو فيه مجاز منه على المطمئن من الأرض الذى هو فيه حقيقة . والذى أعتقده أن اللمس وإن كانت دلالته على المعنيين بالسواء أو قريبا من السواء أنه أظهر عندى فى الجماع وإن كان مجازا ، لأن الله تبارك وتعالى قد كنى بالمباشرة والمس عن الجماع وهما فى معنى اللمس ، وعلى هذا التأويل فى الآية يحتج بها فى إجازة التيمم للجنب دون تقديم تقدير فيها ولا تأخير على ما سيأتى بعد ، وترتفع المعارضة

التى بين الآثار والآية على التأويل الآخر . وأما من فهم من الآية اللمسين معا فضعيف ، فإن العرب إذا خاطبت بالاسم المشترك إنما تقصد به معنى واحدا من المعانى التى يدل عليها الاسم لا جميع المعانى التى يدل عليها ، وهذا بين بنفسه فى كلا مهم .

(المسئلة الرابعة) مس الذكر . اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب ، فمنهم من رأى الوضوء فيه كيفما مسه ، وهو مذهب الشافعى وأصحابه وأحمد وداود ، ومنهم من لم ير فيه وضوءا أصلا وهو أبو حنيفة وأصحابه ، ولكلا الفريقين سلف من الصحابة والتابعين . وقوم فرقوا بين أن يمسه بحال أو لايمسه بتلك الحال ، وهؤلاء افترقوا فيه فرقا : فمنهم من فرق فيه بين أن يلتذ أو لايلتذ . ومنهم من فرق بين أن يمسه بباطن الكف أو لايمسه ، فأوجبوا الوضوء مع اللذة ولم يوجبوه مع عدمها ، وكذلك أوجبه قوم مع المس بباطن الكف ولم يوجبوه مع المس بظاهرها ، وهذان الاعتباران مرويان عن أصحاب مالك ، وكأن اعتبار باطن الكف راجع إلى اعتبار سبب اللذة . وفرق قوم فى ذلك بين العمد والنسيان ، فأوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان ، وهو مروى عن مالك ، وهو قول داود وأصحابه . ورأى قوم أن الوضوء من مسه سنة لا واجب . قال أبو عمر : وهذا الذى استقر من مذهب مالك عند أهل المغرب من أصحابه ، والرواية عنه فيه مضطربة .
وسبب اختلافهم فى ذلك أن فيه حديثين متعارضين : أحدهما الحديث الوارد من طريق بسرة أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إِذَا مَسَّ أَحَدُكُمْ ذَكَرَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ » وهو أشهر الأحاديث الواردة فى إيجاب الوضوء من مس الذكر ، خرّجه مالك فى الموطأ ، وصححه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل ، وضعفه أهل الكوفة ؛ وقد روى أيضا معناه من طريق أم حبيبة ، وكان أحمد بن حنبل يصححه ، وقد روى أيضا معناه من طريق أبى هريرة ، وكان ابن السكن أيضا يصححه ، ولم يخرجه البخارى ولا مسلم .
والحديث الثانى المعارض له حديث طلق بن على قال « قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوى ، فقال : يارسول الله ما ترى فى مس الرجل ذكره بعد أن يتوضأ ؟ فقال : وَهَلْ هُوَ إِلاَّ بَضْعَةٌ مِنْكَ ؟

خرّجه أيضا أبو داود والترمذى ، وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم ؛ فذهب العلماء فى تأويل هذه الأحاديث أحد مذهبين : إما مذهب الترجيح أو النسخ ، وإما مذهب الجمع ، فمن رجح حديث بسرة أو رآه ناسخا لحديث طلق بن على قال بإيجاب الوضوء من مس الذكر ، ومن رجح حديث طلق بن على أسقط وجوب الوضوء من مسه ، ومن رام أن يجمع بين الحديثين أوجب الوضوء منه فى حال ولم يوجبه فى حال ، أو حمل حديث بسرة على الندب ، وحديث طلق بن على نفى الوجوب. والاحتجاجات التى يحتج بها كل واحد من الفريقين فى ترجيح الحديث الذى رجحه كثيرة يطول ذكرها ، وهى موجودة فى كتبهم ، ولكن نكتة اختلافهم هو ما أشرنا إليه .

(المسئلة الخامسة) اختلف الصدر الأول فى إيجاب الوضوء من أكل ما مسته النار لاختلاف الآثار الواردة فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واتفق جمهور فقهاء الأمصار بعد الصدر الأول على سقوطه ، إذ صح عندهم أنه عمل الخلفاء الأربعة ، ولما ورد من حديث جابر أنه قال : «كان آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار» خرجه أبو داود . ولكن ذهب قوم من أهل الحديث أحمد وإسحاق وطائفة غيرهم أن الوضوء يجب فقط من أكل لحم الجزور لثبوت الحديث الوارد بذلك عنه عليه الصلاة والسلام .

(المسئلة السادسة) شذ أبو حنيفة فأوجب الوضوء من الضحك فى الصلاة لمرسل أبى العالية ، وهو أن قوما ضحكوا فى الصلاة فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم بإعادة الوضوء والصلاة . وردّ الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلا ولمخالفته للأصول ، وهو أن يكون شىء ما ينقض الطهارة فى الصلاة ولا ينقضها فى غير الصلاة وهو مرسل صحيح .

(المسئلة السابعة) وقد شذ قوم فأوجبوا الوضوء من حمل الميت ، وفيه أثر ضعيف « من غسل ميتا فليغتسل ، ومن حمله فليتوضأ » وينبغى أن تعلم أن جمهور العلماء أوجبوا الوضوء من زوال العقل بأى نوع كان من قبل إغماء أو جنون أو سكر ، وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم ، أعنى أنهم

رأوا أنه إذا كان النوم يوجب الوضوء فى الحالة التى هى سبب للحدث غالبا وهو الاستثقال ، فأحرى أن يكون ذهاب العقل سببا لذلك ، فهذه هى مسائل هذا الباب المجمع عليها ، والمشهورات من المختلف فيها ، وينبغى أن نصير إلى الباب الخامس .

الباب الخامس

وهو معرفة الأفعال التى تشترط هذه الطهارة فى فعلها

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ ـ الآية ، وقوله عليه الصلاة والسلام « لا يَقْبَلُ اللهُ صَلاةً بِغَيْرِ طَهُورٍ ولا صَدَقَةً مِنْ غُلُولٍ » فاتفق المسلمون على أن الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا ، وإن كانوا اختلفوا هل هى شرط من شروط الصحة أو من شروط الوجوب ، ولم يختلفوا أن ذلك شرط فى جميع الصلوات إلا فى صلاة الجنازة وفى السجود ، أعنى سجود التلاوة ، فإن فيه خلافا شاذا . والسبب فى ذلك الاحتمال العارض فى انطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود ، فمن ذهب إلى أن اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود نفسه وهم الجمهور اشترط هذه الطهارة فيهما ؛ ومن ذهب إلى أنه لا ينطلق عليهما إذ كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود ، وكان السجود أيضا ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما . ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسئلة أربع مسائل :

(المسئلة الأولى) هل هذه الطهارة شرط فى مس المصحف أم لا ؟ فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى إلى أنها شرط فى مس المصحف ، وذهب أهل الظاهر إلى أنها ليست بشرط فى ذلك . والسبب فى اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى ـ لا يَمَسُّهُ إِلاَّ الْمُطَهَّرُونَ ـ بين أن يكون المطهرون هم بنو آدم وبين أن يكونوا هم الملائكة ، وبين أن يكون هذا الخبر مفهومه النهى ، وبين أن يكون خبرا لا نهيا ، فمن فهم من المطهرون بنى آدم ، وفهم من الخبر النهى قال : لا يجوز أن يمس المصحف إلا طاهر ، ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرون الملائكة قال : إنه ليس فى الآية دليل على اشتراط

هذه الطهارة فى مس المصحف ، وإذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا من سنة ثابتة بقى الأمر على البراءة الأصلية وهى الإباحة ؛ وقد احتج الجمهور لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم « أن النبى عليه الصلاة والسلام كتب : لايمس القرآن إلا طاهر » وأحاديث عمرو بن حزم اختلف الناس فى وجوب العمل بها لأنها مصحفة ، ورأيت ابن المفوز يصححها إذا روتها الثقات لأنها كتاب النبى عليه الصلاة والسلام ، وكذلك أحاديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وأهل الظاهر يردونهما ، ورخص مالك للصبيان فى مس المصحف على غير طهر لأنهم غير مكلفين .

(المسئلة الثانية) اختلف الناس فى إيجاب الوضوء على الجنب فى أحوال : أحدها إذا أراد أن ينام وهو جنب ؛ فذهب الجمهور إلى استحبابه دون وجوبه وذهب أهل الظاهر إلى وجوبه لثبوت ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث عمر « أنه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه تصيبه جنابة من الليل ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : تَوَضَّأْ واغْسِلْ ذَكَرَكَ ثُمَّ نَمْ » وهو أيضا مروى عنه من طريق عائشة . وذهب الجمهور إلى حمل الأمر بذلك على الندب والعدول به عن ظاهره لمكان عدم مناسبة وجوب الطهارة لإرادة النوم ، أعنى المناسبة الشرعية ، وقد احتجوا أيضا لذلك بأحاديث أثبتها حديث ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فأتى بطعام ، فقالوا : ألا نأتيك بطهر ؟ فقال : أأصلى فأتوضأ . وفى بعض رواياته : فقيل له : ألا تتوضأ ؟ فقال : ما أَرَدْتُ الصَّلاَةَ فأَتَوَضَّأَ » والاستدلال به ضعيف ، فإنه من باب مفهوم الخطاب من أضعف أنواعه ، وقد احتجوا بحديث عائشة « أنه عليه الصلاة والسلام كان ينام وهو جنب لايمس الماء » إلا أنه حديث ضعيف . وكذلك اختلفوا فى وجوب الوضوء على الجنب الذى يريد أن يأكل أو يشرب . وعلى الذى يريد أن يعاود أهله ، فقال الجمهور فى هذا كله بإسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الأشياء ، وذلك أن الطهارة إنما فرضت فى الشرع لأحوال التعظيم كالصلاة ، وأيضا فلمكان تعارض الآثار فى ذلك ، وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه أمر الجنب إذا أراد أن يعاود أهله أن يتوضأ »

وروى عنه أنه كان يجامع ثم يعاود ولا يتوضأ . وكذلك روى عنه منع الأكل والشرب للجنب حتى يتوضأ . وروى عنه إباحة ذلك .

(المسئلة الثالثة) ذهب مالك والشافعى إلى اشتراط الوضوء فى الطواف ، وذهب أبو حنيفة إلى إسقاطه . وسبب اختلافهم تردد الطواف بين أن يلحق حكمه بحكم الصلاة أو لايلحق ، وذلك أنه ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة » فأشبه الصلاة من هذه الجهة . وقد جاء فى بعض الآثار تسمية الطواف صلاة ، وحجة أبى حنيفة أنه ليس كل شىء منعه الحيض ، فالطهارة شرط فى فعله إذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور .

(المسئلة الرابعة) ذهب الجمهور إلى أنه يجوز لغير متوضئ أن يقرأ القرآن ويذكر الله ، وقال قوم : لايجوز ذلك له إلا أن يتوضأ . وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان : أحدهما حديث أبى جهم قال « أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو بئر جمل ، فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى أقبل على الجدار ، فمسح بوجهه ويديه ، ثم إنه رد عليه الصلاة والسلام السلام » . والحديث الثانى حديث على « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لايحجبه عن قراءة القرآن شىء إلا الجنابة » فصار الجمهور إلى أن الحديث الثانى ناسخ للأول ، وصار من أوجب الوضوء لذكر الله إلى ترجيح الحديث الأول .

كتاب الغسل

والأصل فى هذه الطهارة قوله تعالى ـ وإنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فاطَّهَّرُوا ـ والكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجوبها وعلى من تجب ، ومعرفة ما به تفعل ، وهو الماء المطلق فى ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى معرفة العمل فى هذه الطهارة . والثانى : فى معرفة نواقض هذه الطهارة . والباب الثالث : فى معرفة أحكام نواقض هذه الطهارة . فأما على من تجب ؟ فعلى كل من لزمته الصلاة ولا خلاف فى ذلك ، وكذلك لاخلاف فى وجوبها ودلائل ذلك هى دلائل الوضوء بعينها ، وقد ذكرناها ، وكذلك أحكام المياه ، وقد تقدم القول فيها .

الباب الأول فى معرفة العمل فى هذه الطهارة

وهذا الباب يتعلق به أربع مسائل :

(المسئلة الأولى) اختلف العلماء هل من شرط هذه الطهارة إمرار اليد على جميع الجسد كالحال فى طهارة أعضاء الوضوء ، أم يكفى فيها إفاضة الماء على جميع الجسد وإن لم يمر يديه على بدنه ؛ فأكثر العلماء على أن إفاضة الماء كافية فى ذلك . وذهب مالك وجل أصحابه والمزنى من أصحاب الشافعى إلى أنه إن فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه أن طهره لم يكمل بعد . والسبب فى اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الأحاديث الواردة فى صفة الغسل لقياس الغسل فى ذلك على الوضوء ، وذلك أن الأحاديث الثابتة التى وردت فى صفة غسله عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيها ذكر التدلك ، وإنما فيها إفاضة الماء فقط . فى حديث عائشة قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه ثم يفرغ بيمينه على شماله فيغسل فرجه ، ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ، ثم يأخذ الماء فيدخل أصابعه فى أصول الشعر ، ثم يصب على رأسه ثلاث غرفات ، ثم يفيض الماء على جلده كله » والصفة الواردة فى حديث ميمونة قريبة من هذا ، إلا أنه أخر غسل رجليه من أعضاء الوضوء إلى آخر الطهر ، وفى حديث أم سلمة أيضا ، وقد سألته عليه الصلاة والسلام : « هل تنقض ضفر رأسها لغسل الجنابة ، فقال عليه الصلاة والسلام : إِنَّمَا يَكْفِيكِ أَنْ تَحْثِي عَلَى رَأْسِكِ المَاءَ ثَلَاثَ حَثَيَاتٍ ، ثُمَّ تُفِيضِي عَلَيْكِ المَاءَ فإذا أَنْتِ قَدْ طَهُرْتِ » وهو أقوى فى إسقاط التدلك من تلك الأحاديث الأخر ، لأنه لا يمكن هنالك أن يكون الواصف لطهره قد ترك التدلك ، وأما ههنا فإنما حصر لها شروط الطهارة ، ولذلك أجمع العلماء على أن صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هى أكمل صفاتها ، وأن ما ورد فى حديث أم سلمة من ذلك فهو من أركانها الواجبة ، وأن الوضوء فى أول الطهر ليس من شرط الطهر إلا خلافا شاذا ، روى عن الشافعى وفيه قوة من جهة ظواهر الأحاديث ، وفى قول الجمهور قوة من جهة النظر ، لأن

الطهارة ظاهر من أمرها أنها شرط فى صحة الوضوء ، لا أن الوضوء شرط فى صحتها ، فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث ، وطريقة الشافعى تغليب ظاهر الأحاديث على القياس ؛ فذهب قوم كما قلنا إلى ظاهر الأحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء ، فلم يوجبوا التدلك ، وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الأحاديث ، فأوجبوا التدلك كالحال فى الوضوء ، فمن رجح القياس صار إلى إيجاب التدلك ، ومن رجح ظاهر الأحاديث على القياس صار إلى إسقاط التدلك ، وأعنى بالقياس : قياس الطهر على الوضوء . وأما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه ضعف إذ كان اسم الطهر والغسل ينطلق فى كلام العرب على المعنيين جميعا على حد سواء .

(المسئلة الثانية) اختلفوا هل من شروط هذه الطهارة النية أم لا ؟ كاختلافهم فى الوضوء . فذهب مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور وداود وأصحابه إلى أن النية من شروطها ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى إلى أنها تجزئ بغير نية كالحال فى الوضوء عندهم . وسبب اختلافهم فى الطهر هو بعينه سبب اختلافهم فى الوضوء ، وقد تقدم ذلك .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى المضمضة والاستنشاق فى هذه الطهارة أيضا كاختلافهم فيهما فى الوضوء ، أعنى هل هما واجبان فيها أم لا ؟ فذهب قوم إلى أنهما غير واجبين فيها ، وذهب قوم إلى وجوبهما ؛ وممن ذهب إلى عدم وجوبهما مالك والشافعى ، وممن ذهب إلى وجوبهما أبو حنيفة وأصحابه . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أم سلمة للأحاديث التى نقلت من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام فى طهره وذلك أن الأحاديث التى نقلت من صفة وضوئه فى الطهر فيها المضمضة والاستنشاق ، وحديث أم سلمة ليس فيه أمر لا بمضمضة ولا باستنشاق ، فمن جعل حديث عائشة وميمونة مفسرا لمجمل حديث أم سلمة ولقوله تعالى ـ وإنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فاطَّهَّرُوا ـ أوجب المضمضة والاستنشاق ، ومن جعله معارضا جمع بينهما بأن حمل حديثى عائشة وميمونة على الندب ، وحديث أم سلمة على الوجوب ، ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى تخليل الرأس هل هو واجب فى هذه الطهارة أم لا ؟ بومذهب مالك أنه مستحب ، ومذهب غيره أنه واجب ؛ وقد عضد مذهبه

من أوجب التخليل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « تَحْتَ كلِّ شَعْرَةٍ جَنَابَةٌ فأنقُوا البَشَرَةَ وبلُّوا الشَّعَرَ » .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة الفور والترتيب . أم ليسا من شروطها كاختلافهم من ذلك فى الوضوء ؟ . وسبب اختلافهم فى ذلك هل فعله عليه الصلاة والسلام محمول على الوجوب أو على الندب ؟ فإنه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه ماتوضأ قط إلا مرتبا متواليا . وقد ذهب قوم إلى أن الترتيب فى هذه الطهارة أبين منها فى الوضوء . وذلك بين الرأس وسائر الجسد . لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أم سلمة « إنما يكفيك أن تحثى على رأسك ثلاث حثيات . ثم تفيضى الماء على جسدك » وحرف ثم يقتضى الترتيب بلا خلاف بين أهل اللغة .

الباب الثانى فى معرفة نواقض هذه الطهارة

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى ـ وإن كنتم جنبا فاطهروا ـ وقوله ـ وَيَسألُونَكَ عَنِ المَحِيضِ قُلْ هُوَ أذًى ـ الآية . واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حدثين : أحدهما خروج المنى على وجه الصحة فى النوم أو فى اليقظة من ذكر كان أو أنثى . إلا ما روى عن النخعى من أنه كان لايرى على المرأة غسلا من الاحتلام . وإنما اتفق الجمهور على مساواة المرأة فى الاحتلام للرجل لحديث أم سلمة الثابت أنها قالت « يا رسول الله المرأة ترى فى المنام مثل ما يرى الرجل هل عليها غسل ؟ قال : نَعَمْ إذَا رأتِ المَاءَ » . وأما الحديث الثانى الذى اتفقوا أيضا عليه فهو دم الحيض ، أعنى إذا انقطع . وذلك أيضا لقوله تعالى ـ ويسألونك عن المحيض ـ الآية ، ولتعليمه الغسل من الحيض لعائشة وغيرها من النساء . واختلفوا فى هذا الباب مما يجرى مجرى الأصول فى مسئلتين مشهورتين .

(المسئلة الأولى) اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى سبب إيجاب الطهر من الوطء . فمنهم من رأى الطهر واجبا فى التقاء الختانين أنزل أو لم ينزل ، وعليه أكثر فقهاء الأمصار مالك وأصحابه والشافعى وأصحابه وجماعة من أهل الظاهر ، وذهب قوم من أهل الظاهر إلى إيجاب الطهر مع الإنزال فقط

والسبب فى اختلافهم فى ذلك تعارض الأحاديث فى ذلك ، لأنه ورد فى ذلك حديثان ثابتان اتفق أهل الصحيح على تخريجهما . قال القاضى رضى الله عنه : ومتى قلت ثابت ، فإنما أعنى به ما أخرجه البخارى أو مسلم ، أو ما اجتمعا عليه : أحدهما حديث أبى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « إذَا قَعَدَ بَيْنَ شُعَبِهَا الأَرْبَعِ وأَلْزَقَ الخِتَانَ بِالخِتَانِ فَقَدْ وَجَبَ الغُسْلُ » والحديث الثانى حديث عثمان أنه سئل فقيل له « أرأيت الرجل إذا جامع أهله ولم يمن ؟ قال عثمان : يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم » فذهب العلماء فى هذين الحديثين مذهبين : أحدهما مذهب النسخ ، والثانى مذهب الرجوع إلى ما عليه الاتفاق عند التعارض الذى لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح . فالجمهور رأوا أن حديث أبى هريرة ناسخ لحديث عثمان ، ومن الحجة لهم على ذلك ما روى عن أبى بن كعب أنه قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما جعل ذلك رخصة فى أول الإسلام ثم أمر بالغسل ، خرجه أبو داود . وأما من رأى أن التعارض بين هذين الحديثين هو مما لا يمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب الرجوع عنده إلى ما عليه الاتفاق ، وهو وجوب الماء من الماء . وقد رجح الجمهور حديث أبى هريرة من جهة القياس ، قالوا : وذلك أنه لما وقع الإجماع على أن مجاورة الختانين توجب الحد وجب أن يكون هو الموجب للغسل ، وحكوا أن هذا القياس مأخوذ عن الخلفاء الأربعة ، ورجح الجمهور ذلك أيضا من حديث عائشة لإخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، خرجه مسلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى الصفة المعتبرة فى كون خروج المنى موجبا للطهر . فذهب مالك إلى اعتبار اللذة فى ذلك . وذهب الشافعى إلى أن نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة أو بغير لذة . وسبب اختلافهم فى ذلك هو شيئان : أحدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذى أجنب على الجهة الغير المعتادة أم ليس ينطلق عليه ؟ فمن رأى أنه إنما ينطلق على الذى أجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر فى خروجه من غير لذة ، ومن

رأى أنه ينطلق على خروج المنى كيفما خرج أوجب منه الطهر وإن لم يخرج مع لذة . والسبب الثانى تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة . واختلافهم فى خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهرا أم ليس يوجبه ؟ فسنذكره فى باب الحيض وإن كان من هذا الباب .

وفى المذهب فى هذا الباب فرع ، وهو إذا انتقل من أصل مجاريه بلذة ثم خرج فى وقت آخر بغير لذة مثل أن يخرج من المجامع بعد أن يتطهر ، فقيل يعيد الطهر ، وقيل لايعيده . وذلك أن هذا النوع من الخروج صحبته اللذة فى بعض نقلته ولم تصحبه فى بعض ؛ فمن غلب حال اللذة قال : يجب الطهر ، ومن غلب حال عدم اللذة قال : لايجب عليه الطهر .

الباب الثالث

فى أحكام هذين الحدثين أعنى الجنابة والحيض

أما أحكام الحدث الذى هو الجنابة ، ففيه ثلاث مسائل :

(المسئلة الأولى) اختلف العلماء فى دخول المسجد للجنب على ثلاثة أقوال : فقوم منعوا ذلك باطلاق ، وهو مذهب مالك وأصحابه ؛ وقوم منعوا ذلك إلا لعابر فيه لامقيم ومنهم الشافعى ؛ وقوم أباحوا ذلك للجميع ، ومنهم داود وأصحابه فيما أحسب . وسبب اختلاف الشافعى وأهل الظاهر هو تردد قوله تبارك وتعالى - يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاتَقْرَبُوا الصَّلاةَ وأَنْتُمْ سُكارَى - الآية . بين أن يكون فى الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة : أى لاتقربوا موضع الصلاة ، ويكون عابر السبيل استثناء من النهى عن قرب موضع الصلاة ، وبين أن لايكون هنالك محذوف أصلا وتكون الآية على حقيقتها ، ويكون عابر السبيل هو المسافر الذى عدم الماء وهو جنب ، فمن رأى أن فى الآية محذوفا أجاز المرور للجنب فى المسجد ومن لم ير ذلك لم يكن عنده فى الآية دليل على منع الجنب الإقامة فى المسجد وأما من منع العبور فى المسجد فلا أعلم له دليلا إلا ظاهر ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « لاأحل المسجد لجنب ولاحائض » وهو حديث غير ثابت عند أهل الحديث . واختلافهم فى الحائض فى هذا المعنى هو اختلافهم فى الجنب .

(المسئلة الثانية مس الجنب المصحف) ذهب قوم إلى إجازته وذهب الجمهور إلى منعه ، وهم الذين منعوا أن يمسه غير متوضئ . وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم فى منع غير المتوضئ أن يمسه أعنى قوله ـ لا يَمَسُّهُ إلاَّ المُطَهَّرُون ـ وقد ذكرنا سبب الاختلاف فى الآية فيما تقدم ، وهو بعينه سبب اختلافهم فى منع الحائض مسه .

(المسئلة الثالثة : قراءة القرآن للجنب) اختلف الناس فى ذلك ، فذهب الجمهور إلى منع ذلك ، وذهب قوم إلى إباحته . والسبب فى ذلك الاحتمال المتطرق إلى حديث على أنه قال «كان عليه الصلاة والسلام لا يمنعه من قراءة القرآن شىء إلا الجنابة » وذلك أن قوما قالوا : إن هذا لا يوجب شيئا ، لأنه ظن من الراوى ، ومن أين يعلم أحد أن ترك القراءة كان لموضع الجنابة إلا لو أخبره بذلك ؟ والجمهور رأوا أنه لم يكن على رضى الله عنه ليقول هذا عن توهم ولا ظن ، وإنما قاله عن تحقق ، وقوم جعلوا الحائض فى هذا الاختلاف بمنزلة الجنب ، وقوم فرقوا بينهما ، فاجازوا للحائض القراءة القليلة استحسانا لطول مقامها حائضا ، وهو مذهب مالك ، فهذه هى أحكام الجنابة .

(وأما أحكام الدماء الخارجة من الرحم) فالكلام المحيط بأصولها ينحصر فى ثلاثة أبواب : الأول : معرفة أنواع الدماء الخارجة من الرحم . والثانى : معرفة العلامات التى تدل على انتقال الطهر إلى الحيض ، والحيض إلى الطهر أو الاستحاضة ، والاستحاضة أيضا إلى الطهر . والثالث معرفة أحكام الحيض والاستحاضة : أعنى موانعهما وموجباتهما .

ونحن نذكر فى كل باب من هذه الأبواب الثلاثة من المسائل ما يجرى مجرى القواعد والأصول لجميع ما فى هذا الباب على ما قصدنا إليه مما اتفقوا عليه واختلفوا فيه .

الباب الأول

اتفق المسلمون على أن الدماء التى تخرج من الرحم ثلاثة : دم حيض ، وهو الخارج على جهة الصحة ، ودم استحاضة ، وهو الخارج على جهة المرض ،

وأنه غير دم الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام « إِنَّمَا ذلكِ عِرْقٌ ولَيْسَ بالحَيْضَةِ » . ودم نفاس ، وهو الخارج مع الولد .

الباب الثانى

أما معرفة علامات انتقال هذه الدماء بعضها إلى بعض ، وانتقال الطهر إلى الحيض ، والحيض إلى الطهر ، فإن معرفة ذلك فى الأكثر تنبنى على معرفة أيام الدماء المعتادة وأيام الأطهار . ونحن نذكر منها ما يجرى مجرى الأصول وهى سبع مسائل:

(المسئلة الأولى) اختلف العلماء فى أكثر أيام الحيض وأقلها وأقل أيام الطهر ، فروى عن مالك أن أكثر أيام الحيض خمسة عشر يوما ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : أكثره عشرة أيام . وأما أقل أيام الحيض فلا حد لها عند مالك ، بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضا ، إلا أنه لا يعتد بها فى الأقراء فى الطلاق . وقال الشافعى : أقله يوم وليلة . وقال أبو حنيفة : أقله ثلاثة أيام . وأما أقل الطهر فاضطربت فيه الروايات عن مالك ، فروى عنه عشرة أيام ، وروى عنه ثمانية أيام ، وروى خمسة عشر يوما ، وإلى هذه الرواية مال البغداديون من أصحابه ، وبها قال الشافعى وأبو حنيفة ، وقيل سبعة عشر يوما ، وهو أقصى ما انعقد عليه الإجماع فيما أحسب . وأما أكثر الطهر فليس له عندهم حد ؛ وإذا كان هذا موضوعا من أقاويلهم فمن كان لأقل الحيض عنده قدر معلوم وجب أن يكون ما كان أقل من ذلك القدر إذا ورد فى سن الحيض عنده استحاضة ، ومن لم يكن لأقل الحيض عنده قدر محدود وجب أن تكون الدفعة عنده حيضا ، ومن كان أيضا عنده أكثره محدودا وجب أن يكون ما زاد على ذلك القدر عنده استحاضة ، ولكن محصل مذهب مالك فى ذلك أن النساء على ضربين : مبتدأة ومعتادة ؛ فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية أول دم تراه إلى تمام خمسة عشر يوما ، فإن لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة ، وبه قال الشافعى ، إلا أن مالكا قال تصلى من حين تتيقن الاستحاضة ، وعند الشافعى أنها تعيد صلاة ما سلف لها من الأيام ، إلا أقل الحيض عنده وهو يوم وليلة . وقيل عن مالك بل تعتد أيام لداتها ثم تستظهر

بثلاثة أيام ، فإن لم ينقطع الدم فهى مستحاضة . وأما المعتادة ففيها روايتان عن مالك : إحداهما بناؤها على عادتها وزيادة ثلاثة أيام ما لم تتجاوز أكثر مدة الحيض . والثانية جلوسها إلى انقضاء أكثر مدة الحيض ، أو تعمل على التمييز إن كانت من أهل التمييز . وقال الشافعى : تعمل على أيام عادتها وهذه الأقاويل كلها المختلف فيها عند الفقهاء فى أقل الحيض وأكثره وأقل الطهر لامستند لها إلا التجربة والعادة ، وكل إنما قال من ذلك ما ظن أن التجربة أوقفته على ذلك ولاختلاف ذلك فى النساء عسر أن يعرف بالتجربة حدود هذه الأشياء فى أكثر النساء ،ووقع فى ذلك هذا الخلاف الذى ذكرنا وإنما أجمعوا بالجملة على أن الدم إذا تمادى أكثر من مدة أكثر الحيض أنه استحاضة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابت لفاطمة بنت حبيش « فإِذَا أَقْبَلَتِ الحَيْضَةُ فاتْرُكى الصَّلاةَ ،فإذَا ذَهَبَتْ قَدْرُهَا فاغْسِلِى عَنْكِ الدَّمِ وصلى » والمتجاوزة لأمد أكثر أيام الحيض قد ذهب عنها قدرها ضرورة وإنما صار الشافعى ومالك رحمه الله فى المعتادة فى إحدى الروايتين عنه إلى أنها تبنى على عادتها لحديث أم سلمة الذى رواه فى الموطأ « أن امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاستفتت لها أم سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لتَنْظُرْ إلى عَدَدِ اللَّيالى والأيَّامِ الَّتى كانَتْ تَحيضُهُنَّ مِنَ الشَّهْرِ قَبْلَ أنْ يُصيبَها الَّذى أصابها ، فلْتَتْرُكِ الصَّلاةَ قَدْرَ ذلكَ مِن الشَّهْرِ ، فاذَا خَلَّفَتْ ذلكَ فلتَغْتَسِلْ ثُمَّ لتَسْتَثْفِرْ بِثَوْبٍ ثم لتصلِّى » فألحقوا حكم الحائض التى تشك فى الاستحاضة بحكم المستحاضة التى تشك فى الحيض . وإنما رأى أيضا فى المبتدأة أن يعتبر أيام لداتها ، لأن أيام لداتها شبيهة بأيامها فجعل حكمهما واحدا . وأما الاستظهار الذى قال به مالك بثلاثة أيام ، فهو شىء انفرد به مالك وأصحابه رحمهم الله وخالفهم فى ذلك جميع فقهاء الأمصار ما عدا الأوزاعى ، إذ لم يكن لذلك ذكر فى الأحاديث الثابتة ، وقد روى فى ذلك أثر ضعيف .

(المسئلة الثانية) ذهب مالك وأصحابه فى الحائض التى تنقطع حيضتها ،

وذلك بأن تحيض يوما أو يومين ، وتطهر يوما أو يومين إلى أنها تجمع أيام الدم بعضها إلى بعض وتلغى أيام الطهر وتغتسل فى كل يوم ترى فيه الطهر أول ما تراه وتصلى ، فإنها لاتدرى لعل ذلك طهر فاذا اجتمع لها من أيام الدم خمسة عشر يوما فهى مستحاضة ، وبهذا القول قال الشافعى . وروى عن مالك أيضا أنها تلفق أيام الدم وتعتبر بذلك أيام عادتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة أيام ، فان انقطع الدم وإلا فهى مستحاضة ، وجعل الأيام التى لاتر فيها الدم غير معتبرة فى العدد لامعنى له ، فإنه لاتخلو تلك الأيام أن تكون أيام حيض أو أيام طهر ، فإن كانت أيام حيض فيجب أن تلفقها إلى أيام الدم وإن كانت أيام طهر فليس يجب أن تلفق أيام الدم ، إذ كان قد تخللها طهر ، والذى يجىء على أصوله أنها أيام حيض لاأيام طهر إذ أقل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين فتدبر هذا فإنه بين إن شاء الله تعالى . والحق أن دم الحيض ودم النفاس يجرى ثم ينقطع يوما أو يومين ثم يعود حتى تنقضى أيام الحيض أو أيام النفاس كما تجرى ساعة أو ساعتين من النهار ثم تنقطع .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى أقل النفاس وأكثره ؛ فذهب مالك إلى أنه لاحد لأقله ، وبه قال الشافعى ؛ وذهب أبوحنيفة وقوم إلى أنه محدود ، فقال أبوحنيفة : هو خمسة وعشرون يوما ، وقال أبو يوسف صاحبه : أحد عشر يوما ، وقال الحسن البصرى : عشرون يوما . وأما أكثره فقال مالك مرة : هو ستون يوما ، ثم رجع عن ذلك فقال : يسأل عن ذلك النساء ، وأصحابه ثابتون على القول الأول وبه قال الشافعى . وأكثر أهل العلم من الصحابة على أن أكثره أربعون يوما ، وبه قال أبوحنيفة وقد قيل تعتبر المرأة فى ذلك أيام أشباهها من النساء ، فإذا جاوزتها فهى مستحاضة . وفرق قوم بين ولادة الذكر وولادة الأنثى ، فقالوا : للذكر ثلاثون يوما وللأنثى أربعون يوما وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتجربة لاختلاف أحوال النساء فى ذلك ، ولأنه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال فى اختلافهم فى أيام الحيض والطهر .

(المسئلة الرابعة) اختلف الفقهاء قديما وحديثا هل الدم الذى ترى الحامل هو حيض أم استحاضة ؟ فذهب مالك والشافعى فى أصح قوليه وغيرهما إلى أن الحامل تحيض ؛ وذهب أبو حنيفة وأحمد والثورى وغيرهم إلى أن الحامل لاتحيض ، وأن الدم الظاهر لها دم فساد وعلة ، إلا أن يصيبها الطلق ، فإنهم أجمعوا على أنه دم نفاس، وأن حكمه حكم الحيض فى منعه الصلاة وغير ذلك من أحكامه ، ولمالك وأصحابه فى معرفة انتقال الحائض الحامل إذا تمادى بها الدم من حكم الحيض إلى حكم الاستحاضة أقوال مضطربة : أحدها أن حكمها حكم الحائض نفسها ؛ أعنى إما أن تقعد أكثر أيام الحيض ثم هى مستحاضة ، وإما أن تستظهر على أيامها المعتادة بثلاثة أيام مالم يكن مجموع ذلك أكثر من خمسة عشر يوما ، وقيل إنها تقعد حائضا ضعف أكثر أيام الحيض ، وقيل إنها تضعف أكثر أيام الحيض بعدد الشهور التى مرت لها ففى الشهر الثانى من حملها تضعف أيام أكثر الحيض مرتين ، وفى الثالث ثلاث مرات وفى الرابع أربع مرات وكذلك ما زادت الأشهر. وسبب اختلافهم فى ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الأمرين ، فإنه مرة يكون الدم الذى تراه الحامل دم حيض ، وذلك إذا كانت قوة المرأة وافرة والجنين صغيرا ، وبذلك أمكن أن يكون حمل على حمل على ما حكاه بقراط وجالينوس وسائر الأطباء ، ومرة يكون الدم الذى تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضها فى الأكثر ، فيكون دم علة ومرض ، وهو فى الأكثر دم علة .

(المسئلة الخامسة) اختلف الفقهاء فى الصفرة والكدرة هل هى حيض أم لا ؟ فرأت جماعة أنها حيض فى أيام الحيض ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة، وروى مثل ذلك عن مالك . وفى المدونة عنه : أن الصفرة والكدرة حيض فى أيام الحيض وفى غير أيام الحيض رأت ذلك مع الدم أو لم تره . وقال داود وأبو يوسف : إن الصفرة والكدرة لاتكون حيضة إلا بأثر الدم . والسبب فى اختلافهم مخالفة ظاهر حديث أم عطية لحديث عائشة ، وذلك أنه روى عن أم عطية أنها قالت : كنا لانعد الصفرة والكدرة بعد الغسل شيئا ، وروى عن عائشة : أن النساء كن يبعثن إليها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة والكدرة من دم الحيض يسألنها عن الصلاة ؛ فتقول : لاتعجلن حتى ترين

القصة البيضاء . فمن رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكدرة حيضا، سواء ظهرت فى أيام الحيض أو فى غير أيامه مع الدم أو بلا دم ، فإن حكم الشىء الواحد فى نفسه ليس يختلف، ومن رام الجمع بين الحديثين قال : إن حديث أم عطية هو بعد انقطاع الدم ، وحديث عائشة فى أثر انقطاعه ، أو إن حديث عائشة هو فى أيام الحيض ، وحديث أم عطية فى غير أيام الحيض . وقد ذهب قوم إلى ظاهر حديث أم عطية ولم يروا الصفرة والكدرة شيئا لافى أيام حيض ولا فى غيرها ، ولا بأثر الدم ولا بعد انقطاعه ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « دَمُ الحَيْضِ دَمٌ أَسْوَدُ يُعْرَفُ » ولأن الصفرة والكدرة ليست بدم ، وإنما هى من سائر الرطوبات التى ترخيها الرحم، وهو مذهب أبى محمد بن حزم .

(المسئلة السادسة) اختلف الفقهاء فى علامة الطهر ، فرأى قوم أن علامة] الطهر رؤية القصة البيضاء أو الجفوف، وبه قال ابن حبيب من أصحاب مالك وسواء كانت المرأة ممن عادتها أن تطهر بالقصة البيضاء أو بالجفوف أىٌّ ذلك رأت طهرت به . وفرق قوم فقالوا : إن كانت المرأة ممن ترى القصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها ، وإن كانت ممن لاتراها فطهرها الجفوف ، وذلك فى المدونة عن مالك . وسبب اختلافهم أن منهم من راعى العادة ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط ،وقد قيل إن التى عادتها الجفوف تطهر بالقصة البيضاء ولا تطهر التى عادتها القصة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكله لأصحاب مالك .

(المسئلة السابعة) اختلف الفقهاء فى المستحاضة إذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم الحائض ، كما اختلفوا فى الحائض إذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة ، وقد تقدم ذلك ، فقال مالك فى المستحاضة أبدا : حكمها حكم الطاهرة إلى أن يتغير الدم إلى صفة الحيض، وذلك إذا مضى لاستحاضتها من الأيام ما هو أكثر من أقل أيام الطهر ، فحينئذ تكون حائضا : أعنى إذا اجتمع لها هذان الشيئان تغير الدم وأن يمر لها فى الاستحاضة من الأيام ما يمكن أن يكون طهرا ، وإلا فهى مستحاضة أبدا . وقال أبو حنيفة تقعد أيام عادتها إن كانت لها عادة ، وإن كانت مبتدأة قعدت أكثر الحيض

وذلك عنده عشرة أيام . وقال الشافعي : تعمل على التميز إن كانت من أهل التميز ، وإن كانت من أهل العادة عملت على العادة ، وإن كانت من أهلهما معا فله فى ذلك قولان : أحدهما تعمل على التميز ، والثانى على العادة . والسبب فى اختلافهم أن فى ذلك حديثين مختلفين أحدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت أبى حبيش « أن النبى عليه الصلاة والسلام أمرها وكانت مستحاضة أن تدع الصلاة قدر أيامها التى كانت تحيض فيها قبل أن يصيبها الذى أصابها ثم تغتسل وتصلى » وفى معناه أيضا حديث أم سلمة المتقدم الذى خرّجه مالك ، والحديث الثانى ما خرجه أبو داود من حديث فاطمة بنت أبى حبيش أنها كانت استحيضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنَّ دَمَ الحَيْضَةِ أَسْوَدُ يُعْرَفُ ، فإذَا كانَ ذلكِ فامْكُثِي عَنِ الصَّلاةِ ، وإذَا كانَ الآخَرُ فَتَوَضَّئِي وَصَلِّي فإنَّمَا هُوَ عِرْقٌ » وهذا الحديث صححه أبو محمد بن حزم ، فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ، ومنهم من ذهب مذهب الجمع ، فمن ذهب مذهب ترجيح حديث أم سلمة وما ورد فى معناه قال باعتبار الأيام ، ومالك رضى الله عنه اعتبر عدد الأيام فقط فى الحائض التى تشك فى الاستحاضة ، ولم يعتبرها فى المستحاضة التى تشك فى الحيض ، أعنى لا عددها ولا موضعها من الشهر إذ كان عندها ذلك معلوما . والنص إنما جاء فى المستحاضة التى تشك فى الحيض ، فاعتبر الحكم فى الفرع ولم يعتبره فى الأصل وهذا غريب فتأمله . ومن رجح حديث فاطمة بنت أبى حبيش قال باعتبار اللون . ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضىّ ما يمكن أن يكون طهرا من أيام الاستحاضة . وهو قول مالك فيما حكاه عبد الوهاب . ومنهم من لم يراع ذلك . ومن جمع بين الحديثين قال : الحديث الأول هو فى التى تعرف عدد أيامها من الشهر وموضعها . والثانى فى التى لا تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم . ومنهم من رأى أنها إن لم تكن من أهل التمييز ولا تعرف موضع أيامها من الشهر وتعرف عددها أو لا تعرف عددها أنها تتحرى على حديث حمنة بنت جحش ، صححه الترمذى . وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها « إنَّمَا هِيَ رَكْضَةٌ

مِنَ الشَّيْطانِ فتَحيَّضِي سِتَّةَ أيَّامٍ أوْ سَبْعَةَ أيَّامٍ فى عِلْمِ الله ، ثُمَّ اغْتَسِلى » وسيأتى الحديث بكماله عند حكم المستحاضة فى الطهر ، فهذه هى مشهورات المسائل التى فى هذا الباب ، وهى بالجملة واقعة فى أربعة مواضع : أحدها معرفة انتقال الطهر إلى الحيض . والثانى معرفة انتقال الحيض إلى الطهر . والثالث معرفة انتقال الحيض إلى الاستحاضة . والرابع معرفة انتقال الاستحاضة إلى الحيض ، وهو الذى وردت فيه الأحاديث . وأما الثلاثة فسكوت عنها : أعنى عن تحديدها ، وكذلك الأمر فى انتقال النفاس إلى الاستحاضة .

الباب الثالث

وهو معرفة أحكام الحيض والاستحاضة

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى ـ ويَسْئَلُونَكَ عَنِ المَحِيضِ ـ الآية ، والأحاديث الواردة فى ذلك التى سنذكرها . واتفق المسلمون على أن الحيض يمنع أربعة أشياء : أحدها فعل الصلاة ووجوبها ، أعنى أنه ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف الصوم . والثانى أنه يمنع فعل الصوم لاقضاءه ، وذلك لحديث عائشة الثابت أنها قالت « كنَّا نُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الصَّوْمِ ولا نُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الصَّلاةِ » وإنما قال بوجوب القضاء عليها طائفة من الخوارج . والثالث فيما أحسب الطواف لحديث عائشة الثابت حين أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تفعل كل ما يفعل الحاج غير الطواف بالبيت . والرابع الجماع فى الفرج لقوله تعالى ـ فاعْتَزِلُوا النِّساءَ فى المَحِيضِ ـ الآية .

(واختلفوا من أحكامها فى مسائل) نذكر منها مشهوراتها ، وهى خمس :

(المسئلة الأولى) اختلف الفقهاء فى مباشرة الحائض وما يستباح منها فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة : له منها ما فوق الإزار فقط . وقال سفيان الثورى وداود الظاهرى : إنما يجب عليه أن يجتنب موضع الدم فقط . وسبب اختلافهم ظواهر الأحاديث الواردة فى ذلك ، والاحتمال الذى فى مفهوم آية الحيض ، وذلك أنه ورد فى الأحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة

وأم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام كان يأمر إذا كانت إحداهن حائضا أن تشد عليها إزارها ثم يباشرها . وورد أيضا من حديث ثابت بن قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اصْنَعُوا كُلَّ شَيْءٍ بالحائِضِ إلاَّ النِّكاحَ » وذكر أبوداود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهى حائض « اكْشِفِى عَنْ فَخِذِكِ ، قالت : فكشفت ، فوضع خده وصدره على فخذى ، وحنيت عليه حتى دفئ ، وكان قد أوجعه البرد .

وأما الاحتمال الذى فى آية الحيض ، فهو تردد قوله تعالى ـ قُلْ هُوَ أذًى فاعْتَزِلُوا النِّساءَ فى المَحِيضِ ـ بين أن يحمل على عمومه إلا ما خصصه الدليل ، أوأن يكون من باب العام أريد به الخاص ، بدليل قوله تعالى فيه ـ قل هو أذى ـ والأذى إنما يكون فى موضع الدم ، فمن كان المفهوم منه عنده العموم ، أعنى أنه إذا كان الواجب عنده أن يحمل هذا القول على عمومه حتى يخصصه الدليل ، استثنى من ذلك ما فوق الإزار بالسنة ، إذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الأصوليين ، ومن كان عنده من باب العام أريد به الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الإزار ، وقوى ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الإزار ، ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار ، وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذى نبه عليه الخطاب الوارد فيها وهوكونه أذى ، فحمل أحاديث المنع لما تحت الإزار على الكراهية وأحاديث الإباحة ، ومفهوم الآية على الجواز ، ورجحوا تأويلهم هذا بأنه قد دلت السنة أنه ليس من جسم الحائض شىء نجس إلا موضع الدم وذلك « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة أن تناوله الخُمرة وهى حائض ، فقالت : إنى حائض ، فقال عليه الصلاة والسلام : إنَّ حَيْضَتَكِ لَيْسَتْ فى يَدِكِ » وما ثبت أيضا من ترجيلها رأسه عليه الصلاة والسلام وهى حائض ، وقوله عليه الصلاة والسلام « إن المُؤْمِنَ لايَنْجُسُ » .

(المسئلة الثانية) اختلفوا فى وطء الحائض فى طهرها وقبل الاغتسال ، فذهب مالك والشافعى والجمهور إلى أن ذلك لايجوز حتى تغتسل ، وذهب

أبو حنيفة وأصحابه إلى أن ذلك جائز إذا طهرت لأكثر أمد الحيض وهو عنده عشرة أيام ، وذهب الأوزاعى إلى أنها إن غسلت فرجها بالماء جاز وطؤها ، أعنى كل حائض طهرت متى طهرت ، وبه قال أبو محمد بن حزم . وسبب اختلافهم الاحتمال الذى فى قوله تعالى ـ فإذَا تَطَهَّرْنَ فأتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أمَرَكُمُ اللهُ ـ هل المراد به الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض أم الطهر بالماء؟ ثم إن كان الطهر بالماء ، فهل المراد به طهر جميع الجسد أم طهر الفرج ؟ فإن الطهر فى كلام العرب وعرف الشرع اسم مشترك يقال على هذه الثلاثة المعانى ، وقد رجح الجمهور مذهبهم بأن صيغة التفعل إنما تنطلق على ما يكون من فعل المكلفين ، لا على ما يكون من فعل غيرهم ، فيكون قوله تعالى ـ فإذا تطهرن ـ أظهر فى معنى الغسل بالماء منه فى الطهر الذى هو انقطاع الدم ، والأظهر يجب المصير إليه حتى يدل الدليل على خلافه ، ورجح أبو حنيفة مذهبه بأن لفظ يفعلن فى قوله تعالى ـ حَتَّى يَطْهُرْنَ ـ هو أظهر فى الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض منه فى التطهر بالماء . والمسئلة كما ترى محتملة ، ويجب على من فهم من لفظ الطهر فى قوله تعالى ـ حتى يطهرن ـ معنى واحدا من هذه المعانى الثلاثة أن يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى ـ فإذا تطهرن ـ لأنه مما ليس يمكن أو مما يعسر أن يجمع فى الآية بين معنيين من هذه المعانى مختلفين حتى يفهم من لفظة يطهرن النقاء ، ويفهم من لفظة تطهرن الغسل بالماء على ما جرت به عادة المالكيين فى الاحتجاج لمالك ، فإنه ليس من عادة العرب أن يقولوا لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار ، فإذا دخل المسجد فأعطه درهما ، بل إنما يقولون وإذا دخل الدار فأعطه درهما ، لأن الجملة الثانية هى مؤكدة لمفهوم الجملة الأولى . ومن تأول قوله تعالى ـ ولا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ ـ على أنه النقاء ، وقوله ـ فإذا تطهرن ـ على أنه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار ، فإذا دخل المسجد فأعطه درهما ، وذلك غير مفهوم فى كلام العرب ، إلا أن يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام : ولا تقربوهن حتى يطهرن ويتطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله ، وفى تقدير هذا الحذف بعد ما ، أما

ولا دليل عليه إلا أن يقول قائل : ظهور لفظ التطهر فى معنى الاغتسال هو الدليل عليه ، لكن هذا يعارضه ظهور عدم الحذف فى الآية ، فإن الحذف مجاز ، وحمل الكلام على الحقيقة أظهر من حمله على المجاز ، وكذلك فرض المجتهد ههنا إذا انتهى بنظره إلى مثل هذا الموضع أن يوازن بين الظاهرين ، فما ترجح عنده منهما على صاحبه عمل عليه ، وأعنى بالظاهرين أن يقايس بين ظهور لفظ فإذا تطهرن فى الاغتسال بالماء وظهور عدم الحذف فى الآية إن أحب أن يحمل لفظ تطهرن على ظاهره من النقاء ، فأى الظاهرين كان عنده أرجح عمل عليه ، أعنى إما أن لايقدر فى الآية حذفا ويحمل لفظ فإذا تطهرن على النقاء أو يقدر فى الآية حذفا ويحمل لفظ فإذا تطهرن على الغسل بالماء ، أو يقايس بين ظهور لفظ فإذا تطهرن فى الاغتسال وظهور لفظ يطهرن فى النقاء ، فأى كان عنده أظهر أيضا صرف تأويل اللفظ الثانى له وعمل على أنهما يدلان فى الآية على معنى واحد ، أعنى إما على معنى النقاء وإما على معنى الاغتسال بالماء ، وليس فى طباع النظر الفقهى أن ينتهى فى هذه الأشياء إلى أكثر من هذا فتأمله ، وفى مثل هذه الحال يسوغ أن يقال : كل مجتهد مصيب . وأما اعتبار أبى حنيفة أكثر الحيض فى هذه المسئلة فضعيف .

(المسئلة الثالثة) اختلف الفقهاء فى الذى يأتى امرأته وهى حائض ، فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة : يستغفر الله ولا شىء عليه . وقال أحمد بن حنبل : يتصدق بدينار أو بنصف دينار . وقالت فرقة من أهل الحديث : إن وطئ فى الدم فعليه دينار ، وإن وطئ فى انقطاع الدم فنصف دينار . وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى صحة الأحاديث الواردة فى ذلك أو وهيها ، وذلك أنه روى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الذى يأتى امرأته وهى حائض أنه يتصدق بدينار . وروى عنه بنصف دينار . وكذلك روى أيضا فى حديث ابن عباس هذا أنه إن وطئ فى الدم فعليه دينار ، وإن وطئ فى انقطاع الدم فنصف دينار . وروى فى هذا الحديث يتصدق بخمسى دينار ، وبه قال الأوزاعى ، فمن صح عنده شئ من هذه الأحاديث صار إلى العمل بها ، ومن لم يصح عنده شىء منها وهم الجمهور عمل على الأصل الذى هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فى المستحاضة ، فقوم أوجبوا عليها طهرا واحدا فقط ، وذلك عند ماترى أنه قد انقضت حيضتها بإحدى تلك العلامات التى تقدمت على حسب مذهب هؤلاء فى تلك العلامات ، وهؤلاء الذين أوجبوا عليها طهرا واحدا انقسموا قسمين : فقوم أوجبوا عليها أن تتوضأ لكل صلاة ، وقوم استحبوا ذلك لها ولم يوجبوه عليها ، والذين أوجبوا عليها طهرا واحدا فقط هم مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابهم وأكثر فقهاء الأمصار ، وأكثر هؤلاء أوجبوا عليها أن تتوضأ لكل صلاة ، وبعضهم لم يوجب عليها إلا استحبابا وهو مذهب مالك ، وقوم آخرون غير هؤلاء رأوا أن على المستحاضة أن تتطهر لكل صلاة ، وقوم رأوا أن الواجب أن تؤخر الظهر إلى أول العصر ، ثم تتطهر وتجمع بين الصلاتين ، وكذلك تؤخر المغرب إلى آخر وقتها وأول وقت العشاء ، وتتطهر طهرا ثانيا وتجمع بينهما ثم تتطهر طهرا ثالثا لصلاة الصبح ، فأوجبوا عليها ثلاثة أطهار فى اليوم والليلة ، وقوم رأوا أن عليها طهرا واحدا فى اليوم والليلة ، ومن هؤلاء من لم يحد له وقتا ، وهو مروى عن على . ومنهم من رأى أن تتطهر من طهر إلى طهر ، فيتحصل فى المسئلة بالجملة أربعة أقوال : قول إنه ليس عليها إلا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض . وقول إن عليها الطهر لكل صلاة . وقول إن عليها ثلاثة أطهار فى اليوم والليلة . وقول إن عليها طهرا واحدا فى اليوم والليلة . والسبب فى اختلافهم فى هذه المسألة هو اختلاف ظواهر الأحاديث الواردة فى ذلك ، وذلك أن الوارد فى ذلك من الأحاديث المشهورة أربعة أحاديث : واحد منها متفق على صحته ، وثلاثة مختلف فيها . أما المتفق على صحته فحديث عائشة قالت « جاءت فاطمة ابنة أبى حبيش إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إنى امرأة أستحاض فلا أطهر ، أفأدع الصلاة ؟ فقال لها عليه الصلاة والسلام : لا ، إِنَّمَا ذلكِ عِرْقٌ ولَيْسَتْ بالحَيْضَةِ ، فإذَا أقْبَلَتِ الحَيْضَةُ فَدَعِى الصَّلاةَ ، وإذَا أدْبَرَتْ فاغْسِلِى عَنْكِ الدَّمَ وَصَلِّى » وفى بعض روايات هذا الحديث « وتَوَضَّئِى لِكُلِّ صَلاةٍ » وهذه الزيادة لم يخرّجها البخارى ولامسلم ، وخرجها أبو داود

وصححها قوم من أهل الحديث . والحديث الثانى حديث عائشة عن أم حبيبة بنت جحش امرأة عبدالرحمن بن عوف « أنها استحاضت فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة» وهذا الحديث هكذا أسنده إسحاق عن الزهرى ، وأما سائر أصحاب الزهرى فإنما رووا عنه : أنها استحيضت ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : « إِنَّمَا هُوَ عِرْقٌ ولَيْسَتْ بِالحَيْضَةِ » وأمرها أن تغتسل وتصلى ، فكانت تغتسل لكل صلاة على أن ذلك هو الذى فهمت منه ، لا أن ذلك منقول من لفظه عليه الصلاة والسلام ، ومن هذا الطريق خرجه البخارى . وأما الثالث فحديث أسماء بنت عميس « أنها قالت : يا رسول الله إن فاطمة ابنة أبى حبيش استحيضت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لِتَغْتَسِلْ لِلظُّهْرِ والعَصْرِ غُسْلاً وَاحِداً ، ولِلمَغْرِبِ والعِشاءِ غُسْلاً وَاحِداً ، وتَغْتَسِلْ لِلفَجْرِ وتَتَوَضَّأُ فيما بَيْنَ ذلك » خرجه أبوداود ، وصححه أبومحمد بن حزم . وأما الرابع فحديث حمنة ابنة جحش ، وفيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها بين أن تصلى الصلوات بطهر واحد عند ماترى أنه قد انقطع دم الحيض ، وبين أن تغتسل فى اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث أسماء بنت عميس ، إلا أن هنالك ظاهره على الوجوب وهنا على التخيير ، فلما اختلفت ظواهر هذه الأحاديث ذهب الفقهاء فى تأويلها أربعة مذاهب : مذهب النسخ ، ومذهب الترجيح ، ومذهب الجمع ، ومذهب البناء ، والفرق بين الجمع والبناء أن البانى ليس يرى أن هنالك تعارضا فيجمع بين الحديثين ؛ وأما الجامع فهو يرى أن هنالك تعارضا فى الظاهر ، فتأمل هذا ، فإنه فرق بين . أما من ذهب مذهب الترجيح فمن أخذ بحديث فاطمة ابنة حبيش لمكان الاتفاق على صحته عمل على ظاهره ، أعنى من أنه لم يأمرها صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة ولا أن تجمع بين الصلوات بغسل واحد ، ولا بشىء من تلك المذاهب ، وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ، ومن صحت عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه ، وهو الأمر بالوضوء لكل صلاة أوجب ذلك عليها ، ومن لم تصح عنده

لم يوجب ذلك عليها ، وأما من ذهب مذهب البناء فقال : إنه ليس بين حديث فاطمة وحديث أم حبيبة الذى من رواته ابن إسحاق تعارض أصلا ، وأن الذى فى حديث أم حبيبة من ذلك زيادة على ما فى حديث فاطمة ، فإن حديث فاطمة إنما وقع الجواب فيه عن السؤال ، هل ذلك الدم حيض يمنع الصلاة أم لا ؟ فأخبرها عليه الصلاة والسلام أنها ليست بحيضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه بوجوب الطهر أصلا لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض ؛ وفى حديث أم حبيبة أمرها بشىء واحد ، وهو التطهر لكل صلاة ، لكن للجمهور أن يقولوا إن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فلو كان واجبا عليها الطهر لكل صلاة لأخبرها بذلك ، ويبعد أن يدعى مدع أنها كانت تعرف ذلك مع أنها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض . وأما تركه عليه الصلاة والسلام إعلامها بالطهر لواجب عليها عند انقطاع دم الحيض ، فمضمن فى قوله « إنها ليست بالحيضة » لأنه كان معلوما من سنته عليه الصلاة والسلام أن انقطاع الحيض يوجب الغسل ، فإذا إنما لم يخبرها بذلك لأنها كانت عالمة به . وليس الأمر كذلك فى وجوب الطهر لكل صلاة إلا أن يدعى مدع أن هذه الزيادة لم تكن قبل ثابتة وثبتت بعد . فيتطرق إلى ذلك المسئلة المشهورة . هل الزيادة نسخ أم لا ؟ وقد روى فى بعض طرق حديث فاطمة أمره عليه الصلاة والسلام لها بالغسل ، فهذا هو حال من ذهب مذهب الترجيح ومذهب البناء . وأما من ذهب مذهب النسخ فقال : إن حديث أسماء بنت عميس ناسخ لحديث أم حبيبة ، واستدل على ذلك بما روى عن عائشة « أن سهلة بنت سهيل استحيضت وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمرها بالغسل عند كل صلاة ، فلما جهدها ذلك أمرها أن تجمع بين الظهر والعصر فى غسل واحد والمغرب والعشاء فى غسل واحد وتغتسل ثالثا للصبح » وأما الذين ذهبوا مذهب الجمع فقالوا : إن حديث فاطمة ابنة حبيش محمول على التى تعرف أيام الحيض من أيام الاستحاضة ، وحديث أم حبيبة محمول على التى لا تعرف ذلك ، فأمرت بالطهر فى كل وقت احتياطا للصلاة ، وذلك أن هذه إذا قامت إلى الصلاة يحتمل أن تكون طهرت فيجب عليها أن تغتسل لكل صلاة . وأما حديث أسماء ابنة عميس فمحمول على التى لا يتميز لها أيام الحيض من أيام الاستحاضة ، إلا أنه قد ينقطع عنها فى أوقات فهذه إذا انقطع عنها الدم

وجب عليها أن تغتسل وتصلى بذلك الغسل صلاتين . وهنا قوم ذهبوا مذهب التخيير بين حديثى أم حبيبة وأسماء واحتجوا لذلك بحديث حمنة بنت جحش وفيه «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها » وهؤلاء منهم من قال : إن المخيرة هى التى لاتعرف أيام حيضتها . ومنهم من قال : بل هى المستحاضة على الإطلاق عارفة كانت أو غير عارفة ، وهذا هو قول خامس فى المسئلة ، إلا أن الذى فى حديث حمنة ابنة جحش إنما هو التخيير بين أن تصلى الصلوات كلها بطهر واحد ، وبين أن تتطهر فى اليوم والليلة ثلاث مرات . وأما من ذهب إلى أن الواجب أن تطهر فى كل يوم مرة واحدة ، فلعله إنما أوجب ذلك عليها لمكان الشك ولست أعلم فى ذلك أثرا .

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء فى جواز وطء المستحاضة على ثلاثة أقوال : فقال قوم : يجوز وطؤها ، وهو الذى عليه فقهاء الأمصار ، وهو مروى عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وجماعة من التابعين . وقال قوم ليس يجوز وطؤها ، وهو مروى عن عائشة ، وبه قال النخعى والحكم. وقال قوم : لايأتيها زوجها إلا أن يطول ذلك بها ، وبهذا القول قال أحمد ابن حنبل . وسبب اختلافهم هل إباحة الصلاة لها هى رخصة لمكان تأكيد وجوب الصلاة ، أم إنما أبيحت لها الصلاة لأن حكمها حكم الطاهر ؟ فمن رأى أن ذلك رخصة لم يجز لزوجها أن يطأها ، ومن رأى أن ذلك لأن حكمها حكم الطاهر أباح لها ذلك ، وهى بالجملة مسئلة مسكوت عنها . وأما التفريق بين الطول ولا طول فاستحسان .

كتاب التيمم

والقول المحيط بأصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة أبواب : الباب الأول فى معرفة الطهارة التى هذه الطهارة بدل منها . الثانى : معرفة من تجوز له هذه الطهارة . الثالث : فى معرفة شروط جواز هذه الطهارة . الرابع : فى صفة هذه الطهارة . الخامس : فيما تصنع به هذه الطهارة . السادس : فى نواقض الطهارة . السابع : فى الأشياء التى هذه الطهارة شرط فى صحتها أو فى استباحتها .

الباب الأول فى معرفة الطهارة التى هذه الطهارة بدل منها

اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هى بدل من الطهارة الصغرى ، واختلفوا فى الكبرى ، فروى عن عمر وابن مسعود أنهما كانا لايريانها بدلا من الكبرى ، وكان على وغيره من الصحابة يرون أن التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى ، وبه قال عامة الفقهاء . والسبب فى اختلافهم الاحتمال الوارد فى آية التيمم ، وأنه لم تصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم للجنب ، أما الاحتمال الوارد فى الآية فلأن قوله تعالى ـ فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فَتَيَمَّمُوا ـ يحتمل أن يعود الضمير الذى فيه على المحدث حدثا أصغر فقط ، ويحتمل أن يعود عليهما معا ، لكن من كانت الملامسة عنده فى الآية الجماع فالأظهر أنه عائد عليهما معا ، ومن كانت الملامسة عنده هى اللمس باليد ، أعنى فى قوله تعالى ـ أَوْ لامَسْتُمُ النِّساءَ ـ فالأظهر أنه إنما يعود الضمير عنده على المحدث حدثا أصغر فقط ، إذ كانت الضمائر إنما يحمل أبدا عودها على أقرب مذكور إلا أن يقدر فى الآية تقديما وتأخيرا حتى يكون تقديرها هكذا يأيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة ، أوجاء أحد منكم من الغائط ، أو لامستم النساء ، فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق ، وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين ، وإن كنتم جنبا فاطهروا : وإن كنتم مرضى أوعلى سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا . ومثل هذا ليس ينبغى أن يصار إليه إلا بدليل ، فإن التقديم والتأخير مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أولى من حمله على المجاز ، وقد يظن أن فى الآية شيئا يقتضى تقديما وتأخيرا ، وهو أن حملها على ترتيبها يوجب أن المرض والسفر حدثان ، لكن هذا لايحتاج إليه إذا قدرت أو ههنا بمعنى الواو ، وذلك موجود فى كلام العرب فى مثل قول الشاعر :

وكان سيان أن لايسرحوا نعما أو يسرحوه بها واغبرت السرح

فإنه إنما يقال : سيان زيد وعمرو . وهذا هو أحد الأسباب التى أوجبت الخلاف فى هذه المسئلة . وأما ارتيابهم فى الآثار التى وردت فى هذا المعنى فبين مما خرجه البخارى ومسلم : أن رجلا أتى عمر رضى الله عنه فقال :

أجنبت فلم أجد الماء ، فقال : لاتصلّ ، فقال عمار : أما تذكر يا أمير المؤمنين إذ أنا وأنت فى سرية فأجنبنا فلم نجد الماء ، فأما أنت فلم تصل ، وأما أنا فتمعكت فى التراب فصليت ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إِنَّمَا كَانَ يَكْفِيكَ أَنْ تَضْرِبَ بِيَدَيْكَ ثُمَّ تَنْفُخَ فِيهِمَا ثُمَّ تَمْسَحَ بِهِمَا وَجْهَكَ وَكَفَّيْكَ ؛ فقال عمر : اتق الله يا عمارُ ؛ فقال : إن شئت لم أحدّث به » وفى بعض الروايات : أنه قال له عمر : نوليك ما توليت وخرّج مسلم عن شقيق قال : كنت جالسا مع عبد الله بن مسعود وأبى موسى فقال أبو موسى : يا أبا عبد الرحمن أرأيت لو أن رجلا أجنب فلم يجد الماء شهرا كيف يصنع بالصلاة ؟ فقال عبد الله لأبى موسى : لايتيمم وإن لم يجد الماء شهرا ، فقال أبوموسى : فكيف بهذه الآية فى سورة المائدة ـ فَلَمْ تَجِدوا ماءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّبا ـ فقال عبد الله : لو رخص لهم فى هذه الآية لأوشك إذا برد عليهم الماء أن يتيمموا بالصعيد ؛ فقال أبوموسى لعبد الله ألم تسمع لقول عمار ؟ وذكر له الحديث المتقدم ، فقال له عبد الله : ألم تر عمر لم يقنع بقول عمار ؟ لكن الجمهور رأوا أن ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران بن الحصين . خرجهما البخارى ، وإن نسيان عمر ليس مؤثرا فى وجوب العمل بحديث عمار ؛ وأيضا فإنهم استدلوا بجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « جُعِلَتْ لِىَ الأَرْضُ مَسْجِداً وَطَهُوراً » . وأما حديث عمران بن الحصين فهو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال : يا فُلانُ أما يَكْفِيكَ أنْ تُصَلِّىَ مَعَ القَوْمِ ؟ فقال : يا رسول الله أصابتنى جنابة ولا ماء ، فقال عليه الصلاة والسلام : عَلَيْكَ بالصَّعِيدِ فإنَّهُ يَكْفِيكَ » ولموضع هذا الاحتمال اختلفوا : هل لمن ليس عنده ماء أن يطأ أهله أم لايطؤها ؟ أعنى من يجوّز للجنب التيمم .

الباب الثانى فى معرفة من تجوز له الطهارة

وأما من تجوز له هذه الطهارة ، فأجمع العلماء أنها تجوز لاثنين : للمريض

وللمسافر إذا عدما الماء . واختلفوا فى أربع : المريض يجد الماء ويخاف من استعماله ، وفى الحاضر يعدم الماء ، وفى الصحيح المسافر يجد الماء فيمنعه من الوصول إليه خوف . وفى الذى يخاف من استعماله من شدة البرد . فأما المريض الذى يجد الماء ويخاف من استعماله . فقال الجمهور : يجوز التيمم له ؛ وكذلك الصحيح الذى يخاف الهلاك أو المرض الشديد من برد الماء . وكذلك الذى يخاف من الخروج إلى الماء . إلا أن معظمهم أوجب عليه الإعادة إذا وجد الماء . وقال عطاء : لايتيمم المريض ولا غير المريض إذا وجد الماء . وأما الحاضر الصحيح الذى يعدم الماء . فذهب مالك والشافعى إلى جواز التيمم له . وقال أبو حنيفة : لايجوز التيمم للحاضر الصحيح وإن عدم الماء . وسبب اختلافهم فى هذه المسائل الأربع التى هى قواعد هذا الباب : أما فى المريض الذى يخاف من استعمال الماء . فهو اختلافهم : هل فى الآية محذوف مقدر فى قوله تعالى « وإنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أوْ عَلَى سَفَرٍ » . فمن رأى أن فى الآية حذفا وأن تقدير الكلام وإن كنتم مرضى لاتقدرون على استعمال الماء . وأن الضمير فى قوله تعالى « فلم تجدوا ماء » إنما يعود على المسافر فقط أجاز التيمم للمريض الذى يخاف من استعمال الماء . ومن رأى أن الضمير فى « فلم تجدوا ماء » يعود على المريض والمسافر معا وأنه ليس فى الآية حذف لم يجز للمريض إذا وجد الماء التيمم . وأما سبب اختلافهم فى الحاضر الذى يعدم الماء . فاحتمال الضمير الذى فى قوله تعالى « فلم تجدوا ماء » أن يعود على أصناف المحدثين : أعنى الحاضرين والمسافرين . أو على المسافرين فقط . فمن رآه عائدا على جميع أصناف المحدثين أجاز التيمم للحاضرين . ومن رآه عائدا على المسافرين فقط أو على المرضى والمسافرين لم يجز التيمم للحاضر الذى عدم الماء . وأما سبب اختلافهم فى الخائف من الخروج إلى الماء . فاختلافهم فى قياسه على من عدم الماء . وكذلك اختلافهم فى الصحيح يخاف من برد الماء . السبب فيه هو اختلافهم فى قياسه على المريض الذى يخاف من استعمال الماء . وقد رجح مذهبهم القائلون بجواز التيمم للمريض بحديث جابر فى المجروح الذى اغتسل فمات . فأجاز عليه الصلاة والسلام المسح له وقال « قَتَلُوهُ قَتَلَهُمُ اللهُ » وكذلك رجحوا أيضا قياس الصحيح الذى يخاف

من برد الماء على المريض بما روى أيضا فى ذلك عن عمرو بن العاص أنه أجنب فى ليلة باردة ، فتيمم وتلا قول الله تعالى ـ ولا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ـ فذكر ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فلم يعنف .

الباب الثالث فى معرفة شروط جواز هذه الطهارة

وأما معرفة شروط هذه الطهارة ، فيتعلق بها ثلاث مسائل قواعد : إحداها : هل النية من شرط هذه الطهارة أم لا ؟ . والثانية : هل الطلب شرط فى جواز التيمم عند عدم الماء أم لا ؟ والثالثة : هل دخول الوقت شرط فى جواز التيمم أم لا ؟ .

(أما المسئلة الأولى) فالجمهور على أن النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى ، وشذ زفر فقال : إن النية ليست بشرط فيها ، وأنها لا تحتاج إلى نية ، وقد روى ذلك أيضا عن الأوزاعى والحسن بن حى وهو ضعيف .

(وأما المسئلة الثانية) فإن مالكا رضى الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعى ، ولم يشترطه أبو حنيفة . سبب اختلافهم فى هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء أم ليس يسمى غير واجد للماء إلا إذا طلب الماء فلم يجده ؟ لكن الحق فى هذا أن يعتقد أن المتيقن لعدم الماء إما بطلب متقدم وإما بغير ذلك هو عادم للماء ، وأما الظان فليس بعادم للماء ، ولذلك يضعف القول بتكرر الطلب الذى فى المذهب فى المكان الواحد بعينه ويقوى اشتراطه ابتداء إذا لم يكن هنالك علم قطعى بعدم الماء .

(وأما المسئلة الثالثة) وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشترطه وهو مذهب الشافعى ومالك ، ومنهم من لم يشترطه ، وبه قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان من أصحاب مالك . وسبب اختلافهم هو : هل ظاهر مفهوم آية الوضوء يقتضى أن لا يجوز التيمم والوضوء إلا عند دخول الوقت لقوله تعالى ـ يا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ ـ الآية ، فأوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام إلى الصلاة ، وذلك إذا دخل الوقت ، فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم فى هذا حكم الصلاة ، أعنى أنه كما أن الصلاة من شرط صحتها الوقت ، كذلك من شروط صحة الوضوء

والتيمم الوقت ، إلا أن الشرع خصص الوضوء من ذلك ، فبقى التيمم على أصله أم ليس يقتضى هذا ظاهر مفهوم الآية ، وأن تقدير قوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنو إذا قمتم إلى الصلاة ـ أى إذا أردتم القيام إلى الصلاة ، وأيضا فإنه لو لم يكن هنالك محذوف لما كان يفهم من ذلك إلا إيجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط ، لأنه لايجزئ إن وقع قبل الوقت إلا أن يقاسا على الصلاة ، فلذلك الأولى أن يقال فى هذا إن سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة ، لكن هذا يضعف ، فإن قياسه على الوضوء أشبه ، فتأمل هذه المسئلة فإنها ضعيفة ، أعنى من يشترط فى صحته دخول الوقت ويجعله من العبادات المؤقتة ، فإن التوقيت فى العبادة لايكون إلا بدليل سمعى ، وإنما يسوغ القول بهذا إذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب أن هذه العبادة مؤقتة ، لكن من باب أنه ليس ينطلق اسم الغير واجد للماء إلا عند دخول وقت الصلاة ، لأنه ما لم يدخل وقتها أمكن أن يطرأ هو على الماء ، ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم ؟ ، هل فى أول الوقت أو فى وسطه أو فى آخره ؟ لكن ههنا مواضع يعلم قطعا أن الإنسان ليس بطارئ على الماء فيها قبل دخول الوقت ، ولا الماء بطارئ عليه . وأيضا فإن قدرنا طروّ الماء فليس يجب عليه إلا نقض التيمم فقط لامنع صحته ، وتقدير الطرو هو ممكن فى الوقت وبعده ، فلم جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه فى الوقت أعنى أنه قبل الوقت يمنع انعقاد التيمم ، وبعد دخول الوقت لايمنعه ، وهذا كله لاينبغى أن يصار إليه إلا بدليل سمعى ، ويلزم على هذا أن لايجوز التيمم إلا فى آخر الوقت فتأمله .

الباب الرابع فى صفة هذه الطهارة

وأما صفة هذه الطهارة ، فيتعلق بها ثلاث مسائل هى قواعد هذا الباب .

(المسئلة الأولى) اختلف الفقهاء فى حد الأيدى التى أمر الله بمسحها فى التيمم فى قوله ـ فامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وأيْدِيكُمْ مِنهُ ـ على أربعة أقوال :

القول الأول : أن الحد الواجب فى ذلك هو الحد الواجب بعينه فى الوضوء ، وهو إلى المرافق ، وهو مشهور المذهب ، وبه قال فقهاء الأمصار . والقول

الثانى : أن الفرض هو مسح الكف فقط ، وبه قال أهل الظاهر وأهل الحديث .
والقول الثالث : الاستحباب إلى المرفقين ، والفرض الكفان ، وهو مروى عن مالك . والقول الرابع : أن الفرض إلى المناكب ، وهو شاذ روى عن الزهرى ومحمد بن مسلمة . والسبب فى اختلافهم اشتراك اسم اليد فى لسان العرب ، وذلك أن اليد فى كلام العرب يقال على ثلاثة معان : على الكف فقط وهو أظهرها استعمالا ، ويقال على الكف والذراع ، ويقال على الكف والساعد والعضد . والسبب الثانى اختلاف الآثار فى ذلك ، وذلك أن حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة « إنما يكفيك أن تضرب بيدك ثم تنفخ فيها ثم تمسح بها وجهك وكفيك » . وورد فى بعض طرقه أنه قال له عليه الصلاة والسلام « وأن تمسح بيديك إلى المرفقين » . وروى أيضا عن ابن عمر أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « التَّيَمُّمُ ضَرْبَتَانِ : ضَرْبَةٌ للوَجْهِ ، وَضَرْبَةٌ لليَدَيْنِ إلى المِرْفَقَيْنِ » وروى أيضا من طريق ابن عباس ومن طريق غيره ؛ فذهب الجمهور إلى ترجيح هذه الأحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد القياس لها : أعنى من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم على أن عدلوا بلفظ اسم اليد عن الكف الذى هو فيه أظهر إلى الكف والساعد ، ومن زعم أنه ينطلق عليهما بالسواء ، وأنه ليس فى أحدهما أظهر منه فى الثانى فقد أخطأ ، فإن اليد وإن كانت اسما مشتركا فهى فى الكف حقيقة ، وفيما فوق الكف مجاز ، وليس كل اسم مشترك هو مجمل ، وإنما المشترك المجمل الذى وضع من أول أمره مشتركا ، وفى هذا قال الفقهاء إنه لا يصح الاستدلال به ، ولذلك ما نقول إن الصواب هو أن يعتقد أن الفرض إنما هو الكفان فقط ، وذلك أن اسم اليد لا يخلو أن يكون فى الكف أظهر منه فى سائر الأجزاء أو يكون دلالته على سائر أجزاء الذراع والعضد بالسواء ، فإن كان أظهر فيجب المصير إلى الأخذ بالأثر الثابت ، فأما أن يغلب القياس ههنا على الأثر فلا معنى له ، ولا أن ترجح به أيضا أحاديث لم تثبت بعد ، فالقول فى هذه المسئلة بين من الكتاب والسنة فتأمله . وأما من ذهب إلى الآباط فإنما ذهب إلى ذلك ، لأنه قد روى فى بعض طرق حديث عمار أنه قا

« تيممنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحنا بوجوهنا وأيدينا إلى المناكب » . ومن ذهب إلى أن يحمل تلك الأحاديث على الندب وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن إذ كان الجمع أولى من الترجيح عند أهل الكلام الفقهى ، إلا أن هذا إنما ينبغى أن يصار إليه إن صحت تلك الأحاديث .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى عدد الضربات على الصعيد للتيمم ، فمنهم من قال واحدة ، ومنهم من قال اثنتين ، والذين قالوا اثنتين منهم من قال : ضربة للوجه وضربة لليدين ، وهم الجمهور ، وإذا قلت الجمهور فالفقهاء الثلاثة معدودون فيهم : أعنى مالكا والشافعى وأبا حنيفة . ومنهم من قال : ضربتان لكل واحد منهما : أعنى لليد ضربتان وللوجه ضربتان ؛ والسبب فى اختلافهم أن الآية مجملة فى ذلك والأحاديث متعارضة ، وقياس التيمم على الوضوء فى جميع أحواله غير متفق عليه ، والذى فى حديث عمار الثابت من ذلك إنما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معا ، لكن ههنا أحاديث فيها ضربتان ، فرجح الجمهور هذه الأحاديث لمكان قياس التيمم على الوضوء .

(المسئلة الثالثة) اختلف الشافعى مع مالك وأبى حنيفة وغيرهما فى وجوب توصيل التراب إلى أعضاء التيمم ، فلم ير ذلك أبو حنيفة واجبا ولا مالك ، ورأى ذلك الشافعى واجبا . وسبب اختلافهم الاشتراك الذى فى حرف « من » فى قوله تعالى ـ فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه ـ وذلك أن من قد ترد للتبعيض ، وقد ترد لتمييز الجنس ، فمن ذهب إلى أنها ههنا للتبعيض أوجب نقل التراب إلى أعضاء التيمم . ومن رأى أنها لتمييز الجنس قال : ليس النقل واجبا . والشافعى إنما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيمم على الوضوء ، لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لأن فيه ثم تنفخ فيها ، وتيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحائط . وينبغى أن تعلم أن الاختلاف فى وجوب الترتيب فى التيمم ووجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم فى ذلك فى الوضوء وأسباب الخلاف هنالك هى أسبابه هنا فلا معنى لإعادته .

الباب الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة

وفيه مسئلة واحدة ، وذلك أنهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب ، واختلفوا فى جواز فعلها بما عدا التراب من أجزاء الأرض المتولدة عنها كالحجارة ، فذهب الشافعى إلى أنه لايجوز التيمم إلا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه إلى أنه يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الأرض من أجزائها فى المشهور عنه الحصا والرمل والتراب . وزاد أبوحنيفة فقال : وبكل ما يتولد من الأرض من الحجارة مثل النورة والزرنيخ والجص والطين والرخام . ومنهم من شرط أن يكون التراب على وجه الأرض وهم الجمهور . وقال أحمد بن حنبل : يتيمم بغبار الثوب واللبد . والسبب فى اختلافهم شيئان : أحدهما اشتراك اسم الصعيد فى لسان العرب ، فإنه مرة يطلق على التراب الخالص ، ومرة يطلق على جميع أجزاء الأرض الظاهرة ، حتى أن مالكا وأصحابه حملهم دلالة اشتقاق هذا الاسم أعنى الصعيد أن يجيزوا فى إحدى الروايات عنهم التيمم على الحشيش وعلى الثلج قالوا : لأنه يسمى صعيدا فى أصل التسمية ، أعنى من جهة صعوده على الأرض ، وهذا ضعيف . والسبب الثانى إطلاق اسم الأرض فى جواز التيمم بها فى بعض روايات الحديث المشهور ، وتقييدها بالتراب فى بعضها ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « جعلت لى الأرض مسجدا وطهورا » فإن فى بعض رواياته « جعلت لى الأرض مسجدا وطهورا » وفى بعضها « جعلت لى الأرض مسجدا وجعلت لى تربتها طهورا » وقد اختلف أهل الكلام الفقهى هل يقضى بالمطلق على المقيد أو بالمقيد على المطلق ؟ والمشهور عندهم أن يقضى بالمقيد على المطلق وفيه نظر ، ومذهب أبى محمد بن حزم أن يقضى بالمطلق على المقيد ، لأن المطلق فيه زيادة معنى ، فمن كان رأيه القضاء بالمقيد على المطلق وحمل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يجز التيمم إلا بالتراب ، ومن قضى بالمطلق على المقيد وحمل اسم الصعيد على كل ما على وجه الأرض من أجزائها أجاز التيمم بالرمل والحصى . وأما إجازة التيمم بما يتولد منها فضعيف إذ كان لايتناوله اسم الصعيد فإن أعم دلالة اسم الصعيد أن يدل على ماتدل عليه الأرض ، لأن

يدل على الزرنيخ والنورة ، ولا على الثلج والحشيش ، والله الموفق للصواب . والاشتراك الذى فى اسم الطيب أيضا من أحد دواعى الخلاف .

الباب السادس فى نواقض هذه الطهارة

وأما نواقض هذه الطهارة فإنهم اتفقوا على أنه ينقضها ماينقض الأصل الذى هو الوضوء أو الطهر ، واختلفوا من ذلك فى مسألتين : إحداهما هل ينقضها إرادة صلاة أخرى مفروضة غير المفروضة التى تيمم لها ؟ . والمسئلة الثانية هل ينقضها وجود الماء أم لا ؟ .

(أما المسئلة الأولى) فذهب مالك فيها إلى أن إرادة الصلاة الثانية تنقض طهارة الأولى ، ومذهب غيره خلاف ذلك . وأصل هذا الخلاف يدور على شيئين : أحدهما هل فى قوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة - محذوف مقدر : أعنى إذا قمتم من النوم ، أو قمتم محدثين ، أم ليس هنالك محذوف أصلا ؟ فمن رأى أن لا محذوف هنالك قال : ظاهر الآية وجوب الوضوء أو التيمم عند القيام لكل صلاة ، لكن خصصت السنة من ذلك الوضوء فبقى التيمم على أصله ، لكن لاينبغى أن يحتج بهذا لمالك فإن مالكا يرى أن فى الآية محذوفا على ما رواه عن زيد بن أسلم فى موطئه . وأما السبب الثانى فهو تكرار الطلب عند دخول وقت كل صلاة وهذا هو ألزم لأصول مالك أعنى أن يحتج له بهذا ، وقد تقدم القول فى هذه المسئلة ، ومن لم يتكرر عنده الطلب وقدر فى الآية محذوفا لم ير إرادة الصلاة الثانية مما ينقض التيمم .

(وأما المسئلة الثانية) فإن الجمهور ذهبوا إلى أن وجود الماء ينقضها . وذهب قوم إلى أن الناقض لها هو الحدث . وأصل هذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التى كانت بالتراب ، أو يرفع ابتداء الطهارة به ؟ فمن رأى أنه يرفع ابتداء الطهارة به قال : لا ينقضها إلا الحدث . ومن رأى أنه يرفع استصحاب الطهارة قال : إنه ينقضها ، فإن حد الناقض هو الرافع للاستصحاب ، وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « جُعِلَتْ لِىَ الأَرْضُ مَسْجِداً وَطَهُوراً ما لَمْ يَجِدِ المَاءَ » والحديث

محتمل ، فإنه يمكن أن يقال : إن قوله عليه الصلاة والسلام «مالم يجد الماء» يمكن أن يفهم منه : فإذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتفعت ، ويمكن أن يفهم منه : فإذا وجد الماء لم تصح ابتداء هذه الطهارة ، والأقوى فى عضد الجمهور هو حديث أبى سعيد الخدرى ، وفيه أنه عليه الصلاة والسلام قال « فإذَا وَجَدْتَ المَاءَ فأمِسَّهُ جِلْدَكَ » فإن الأمر محمول عند جمهور المتكلمين على الفور ، وإن كان أيضا قد يتطرق إليه الاحتمال المتقدم فتأمل هذا . وقد حمل الشافعى تسليمه أن وجود الماء يرفع هذه الطهارة أن قال : إن التيمم ليس رافعا للحدث : أى ليس مفيدا للمتيمم الطهارة الرافعة للحدث ، وإنما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث ، وهذا لامعنى له ، فإن الله قد سماه طهارة ، وقد ذهب قوم من أصحاب مالك هذا المذهب فقالوا : إن التيمم لايرفع الحدث ، لأنه لو رفعه لم ينقضه إلا الحدث . والجواب أن هذه الطهارة وجود الماء فى حقها هو حدث خاص بها على القول بأن الماء ينقضها ، واتفق القائلون بأن وجود الماء ينقضها على أنه ينقضها قبل الشروع فى الصلاة وبعد الصلاة ، واختلفوا هل ينقضها طروّه فى الصلاة ؟ فذهب مالك والشافعى وداود إلى أنه لاينقض الطهارة فى الصلاة ، وذهب أبوحنيفة وأحمد وغيرهما إلى أنه ينقض الطهارة فى الصلاة وهم أحفظ للأصل ، لأنه أمر غير مناسب الشرع أن يوجد شىء واحد لاينقض الطهارة فى الصلاة وينقضها فى غير الصلاة ، وبمثل هذا شنعوا على مذهب أبى حنيفة فيما يراه من أن الضحك فى الصلاة ينقض الوضوء ، مع أنه مستند فى ذلك إلى الأثر فتأمل هذه المسئلة فإنها بينة ، ولا حجة فى الظواهر التى يرام الاحتجاج بها لهذا المذهب من قوله تعالى ـ ولا تبطلوا أعمالكم ـ فإن هذا لم يبطل الصلاة بإرادته وإنما أبطلها طروّ الماء كما لو أحدث .

الباب السابع

فى الأشياء التى هذه الطهارة شرط فى صحتها أو فى استباحتها

واتفق الجمهور على أن الأفعال التى هذه الطهارة شرط فى صحتها هى الأفعال التى الوضوء شرط فى صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك ،

واختلفوا هل يستباح بها أكثر من صلاة واحدة فقط ؟ فمشهور مذهب مالك أنه لايستباح بها صلاتان مفروضتان أبدا ؛ واختلف قوله فى الصلاتين المقضيتين ، والمشهور عنه أنه إذا كانت إحدى الصلاتين فرضا والأخرى نفلا أنه إن قدم الفرض جمع بينهما ، وإن قدم النفل لم يجمع بينهما . وذهب أبو حنيفة إلى أنه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمم واحد . وأصل هذا الخلاف هو : هل التيمم يجب لكل صلاة أم لا ؟ إما من قبل ظاهر الآية كما تقدم ، وإما من قبل وجوب تكرر الطلب ، وإما من كليهما .

كتاب الطهارة من النجس

والقول المحيط بأصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر فى ستة أبواب . الباب الأول : فى معرفة حكم هذه الطهارة : أعنى فى الوجوب أو فى الندب إما مطلقا وإما من جهة أنها مشترطة فى الصلاة . الباب الثانى : فى معرفة أنواع النجاسات : الباب الثالث : فى معرفة المحالّ التى يجب إزالتها عنها . الباب الرابع : فى معرفة الشىء الذى به تزال . الباب الخامس : فى صفة إزالتها فى محلّ محل . الباب السادس ؛ فى آداب الإحداث .

الباب الأول فى معرفة حكم هذه الطهارة

والأصل فى هذا الباب إما من الكتاب ، فقوله تعالى - وَثِيابَكَ فَطَهِّرْ - وإما من السنة ، فآثار كثيرة ثابتة ، منها قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ تَوَضَّأَ فلْيَسْتَنْثِرْ ، وَمَنْ اسْتَجْمَرَ فلْيُوتِرْ » ومنها « أمره صلى الله عليه وسلم بغسل دم الحيض من الثوب ، وأمره بصب ذنوب من ماء على بول الأعرابى » وقوله عليه الصلاة والسلام فى صاحبى القبر « إِنَّهُما لَيُعَذَّبانِ وَما يُعَذَّبانِ فى كَبِيرٍ ، أَمَّا أَحَدُهُما فَكانَ لايَسْتَنْزِهُ مِنَ البَوْلِ » واتفق العلماء لمكان هذه المسموعات على أن إزالة النجاسة مأمور بها فى الشرع واختلفوا : هل ذلك على الوجوب أو على الندب المذكور ، وهو الذى يعبر عنه بالسنة ؟ فقال قوم : إن إزالة النجاسات واجبة ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال قوم : إزالتها سنة مؤكدة وليست بفرض . وقال قوم :

هى فرض مع الذكر ، ساقطة مع النسيان ، وكلا هذين القولين عن مالك وأصحابه . وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة راجع إلى ثلاثة أشياء : أحدها اختلافهم فى قوله تبارك وتعالى ـ وثيابك فطهر ـ هل ذلك محمول على الحقيقة أو محمول على المجاز؟ . والسبب الثانى تعارض ظواهر الآثار فى وجوب ذلك ، والسبب الثالث اختلافهم فى الأمر والنهى الوارد لعلة معقولة المعنى ، هل تلك العلة المفهومة من ذلك الأمر أو النهى ، قرينة تنقل الأمر من الوجوب إلى الندب ، والنهى من الحظر إلى الكراهة ؟ أم ليست قرينة ؟ وأنه لا فرق فى ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة ، وإنما صار من صار إلى الفرق فى ذلك لأن الأحكام المعقولة المعانى فى الشرع أكثرها هى من باب محاسن الأخلاق أو من باب المصالح ، وهذه فى الأكثر هى مندوب إليها ، فمن حمل قوله تعالى ـ وثيابك فطهر ـ على الثياب المحسوسة قال : الطهارة من النجاسة واجبة . ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب لم ير فيها حجة . وأما الآثار المتعارضة فى ذلك ، فمنها حديث صاحبى القبر المشهور ، وقوله فيهما صلى الله عليه وسلم « إنهما ليعذبان ، وما يعذبان فى كبير : أما أحدهما فكان لا يستنزه من بوله » فظاهر هذا الحديث يقتضى الوجوب ، لأن العذاب لا يتعلق إلا بالواجب ، وأما المعارض لذلك فما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من أنه رمى عليه وهو فى الصلاة سلا جزور بالدم والفرث فلم يقطع الصلاة . وظاهر هذا أنه لو كانت إزالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة ومنها ما روى « أن النبى عليه الصلاة والسلام كان فى صلاة من الصلوات يصلى فى نعليه ، فطرح نعليه ، فطرح الناس لطرحه نعليه ، فأنكر ذلك عليهم عليه الصلاة والسلام وقال « إِنَّمَا خَلَعْتُهَا لأَنَّ جِبْرِيلَ أَخْبَرَنِى أَنَّ فِيهَا قَذَرًا » فظاهر هذا أنه لو كانت واجبة لما بنى على ما مضى من الصلاة ، فمن ذهب فى هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال إما بالوجوب إن رجح ظاهر حديث الوجوب ، أو بالندب إن رجح ظاهر حديثى الندب ، أعنى الحديثين اللذين يقتضيان أن إزالتها من باب الندب المؤكد . ومن ذهب مذهب الجمع ، فمنهم من قال هى فرض مع الذكر والقدرة ، ساقطة مع النسيان وعدم القدرة . ومنهم من قال هى فرض مطلقا وليست من شروط صحة الصلاة

وهى قول رابع فى المسئلة وهو ضعيف ، لأن النجاسة إنما تزال فى الصلاة ، وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولته ، أعنى أنه جعل الغير معقولة آكد فى باب الوجوب فرق بين الأمر الوارد فى الطهارة من الحدث ، وبين الأمر الوارد فى الطهارة من النجس ، لأن الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة ، وذلك من محاسن الأخلاق . وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقترن بذلك من صلاتهم فى النعال مع أنها لاتنفك من أن يوطأ بها النجاسات غالبا ، وما أجمعوا عليه من العفو عن اليسير فى بعض النجاسات .

الباب الثانى فى معرفة أنواع النجاسات

وأما أنواع النجاسات ، فإن العلماء اتفقوا من أعيانها على أربعة : ميتة الحيوان ذى الدم الذى ليس بمائى ، وعلى لحم الخنزير بأى سبب اتفق أن تذهب حياته ، وعلى الدم نفسه من الحيوان الذى ليس بمائى انفصل من الحى أو الميت إذا كان مسفوحا ، أعنى كثيرا ، وعلى بول ابن آدم ورجيعه ، وأكثرهم على نجاسة الخمر ، وفى ذلك خلاف عن بعض المحدثين ، واختلفوا فى غير ذلك ، والقواعد من ذلك سبع مسائل :

(المسئلة الأولى) اختلفوا فى ميتة الحيوان الذى لادم له ، وفى ميتة الحيوان البحرى ، فذهب قوم إلى أن ميتة ما لادم له طاهرة ، وكذلك ميتة البحر ، وهو مذهب مالك وأصحابه ، وذهب قوم إلى التسوية بين ميتة ذوات الدم والتى لادم لها فى النجاسة ، واستثنوا من ذلك ميتة البحر ، وهو مذهب الشافعى ، إلا ما وقع الاتفاق على أنه ليس بميتة مثل دود الخل وما يتولد فى المطعومات ، وسوى قوم بين ميتة البر والبحر ، واستثنوا ميتة ما لادم له ، وهو مذهب أبى حنيفة . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى - حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ - وذلك أنهم فيما أحسب اتفقوا أنه من باب العام أريد به الخاص ، واختلفوا أى خاص أريد به ، فمنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر ومالا دم له ، ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ، ومنهم من استثنى من ذلك ميتة ما لادم له فقط . وسبب اختلافهم فى هذه

المستثنيات هو سبب اختلافهم فى الدليل المخصوص . أما من استثنى من ذلك ما لادم له ، فحجته مفهوم الأثر الثابت عنه عليه الصلاة والسلام من أمره بمقل الذباب إذا وقع فى الطعام ، قالوا : فهـذا يدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة إلا أنه غير ذى دم . وأما الشافعى فعنده أن هذا خاص بالذباب لقوله عليه الصلاة والسلام « فإنَّ فى إحْدَى جناحَيْهِ دَاءً وفى الأُخْرَى دَوَاءً » ووهن الشافعى هذا المفهوم من الحديث بأن ظاهر الكتاب يقتضى أن الميتة والدم نوعان من أنواع المحرمات : أحدهما تعمل فيه التزكية وهى الميتة ، وذلك فى الحيوان المباح الأكل باتفاق ، والدم لاتعمل فيه التذكية فحكمهما مفترق ، فكيف يجوز أن يجمع بينهما حتى يقال : إن الدم هو سبب تحريم الميتة ؟ وهذا قوى كما ترى ، فإنه لو كان الدم هو السبب فى تحريم الميتة لما كانت ترتفع الحرمية عن الحيوان بالذكاة ، وتبقى حرمية الدم الذى لم ينفصل بعد عن المذكاة ، وكانت الحلية إنما توجد بعد انفصال الدم عنه لأنه إذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذى يقتضيه ضرورة ، لأنه إن وجد السبب والمسبب غير موجود فليس له هو سببا ، ومثال ذلك أنه إذا ارتفع التحريم عن عصير العنب وجب ضرورة أن يرتفع الإسكار إن كنا نعتقد أن الإسكار هو سبب التحريم . وأما من استثنى من ذلك ميتة البحر فإنه ذهب إلى الأثر الثابت فى ذلك من حديث جابر ، وفيه « أنهم أكلوا من الحوت الذى رماه البحر أياما وتزودوا منه ، وأنهم أخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم ، وسألهم : هل بقى منه شىء ؟ » وهو دليل على أنه لم يجوزلهم لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم . واحتجوا أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام « هُوَ الطَّهُورُ ماؤُهُ الحِلُّ مَيْتَتُهُ » . وأما أبو حنيفة فرجح عموم الآية على هذا الأثر ، إما لأن الآية مقطوع بها ، والأثر مظنون ، وإما لأنه رأى أن ذلك رخصة لهم ، أعنى حديث جابر أو لأنه احتمل عنده أن يكون الحوت مات بسبب ، وهو رمى البحر به إلى الساحل ، لأن الميتة هو ما مات من تلقاء نفسه من غير سبب خارج ، ولاختلافهم فى هذا أيضا سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير فى قوله تعالى - وَطَعَامُهُ مَتَاعا لَكُمْ وللسَّيَّارَة -

أعنى أن يعود على البحر أو على الصيد نفسه ، فمن أعاده على البحر قال طعامه هو الطافى ، ومن أعاده على الصيد قال هو الذى أحل فقط من صيد البحر ، مع أن الكوفيين أيضا تمسكوا فى ذلك بأثر ورد فيه تحريم الطافى من السمك وهو عندهم ضعيف .

(المسئلة الثانية) وكما اختلفوا فى أنواع الميتات كذلك اختلفوا فى أجزاء ما اتفقوا عليه أنه ميتة ، وذلك أنهم اتفقوا على أن اللحم من أجزاء الميتة ميتة . واختلفوا فى العظام والشعر ، فذهب الشافعى إلى أن العظم والشعر ميتة ، وذهب أبو حنيفة إلى أنهما ليسا بميتة ، وذهب مالك للفرق بين الشعر والعظم فقال : إن العظم ميتة وليس الشعر ميتة . وسبب اختلافهم هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من أفعال الأعضاء . فمن رأى أن النمو والتغذى هو من أفعال الحياة قال : إن الشعر والعظام إذا فقدت النمو والتغذى فهى ميتة . ومن رأى أنه لا ينطلق اسم الحياة إلا على الحس قال : إن الشعر والعظام ليست بميتة لأنها لاحس لها . ومن فرق بينهما أوجب للعظام الحس ولم يوجب للشعر . وفى حس العظام اختلاف ، والأمر مختلف فيه بين الأطباء ، ومما يدل على أن التغذى والنمو ليسا هما الحياة التى يطلق على عدمها اسم الميتة ، أن الجميع قد اتفقوا على أن ما قطع من البهيمة وهى حية أنه ميتة لورود ذلك فى الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « مَاقُطِعَ مِنَ البَهِيمَةِ وهىَ حَيَّةٌ فَهُوَ مَيْتَةٌ » واتفقوا على أن الشعر إذا قطع من الحى أنه طاهر ، ولو انطلق اسم الميتة على من فقد التغذى والنمو لقيل فى النبات المقلوع إنه ميتة ، وذلك أن النبات فيه التغذى والنمو ، وللشافعى أن يقول إن التغذى الذى ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذى الموجود فى الحساس .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى الانتفاع بجلود الميتة ، فذهب قوم إلى الانتفاع بجلودها مطلقا دبغت أو لم تدبغ ، وذهب قوم إلى خلاف هذا ، وهو ألا ينتفع به أصلا ، وإن دبغت وذهب قوم إلى الفرق بين أن تدبغ وأن لا تدبغ ، ورأوا أن الدباغ مطهر لها ، وهو مذهب الشافعى وأبى حنيفة ، وعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما مثل قول الشافعى ، والثانية أن الدباغ لا يطهرها ،

ولكن تستعمل فى اليابسات ، والذين ذهبوا إلى أن الدباغ مطهر اتفقوا على أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان : أعنى المباح الأكل ، واختلفوا فيما لاتعمل فيه الذكاة ، فذهب الشافعى إلى أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط ، وأنه بدل منها فى إفادة الطهارة . وذهب أبو حنيفة إلى تأثير الدباغ فى جميع ميتات الحيوان ما عدا الخنزير . وقال داود : تطهر حتى جلد الخنزير . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك ، وذلك أنه ورد فى حديث ميمونة إباحة الانتفاع بها مطلقا ، وذلك أن فيه أنه مر بميتة ، فقال عليه الصلاة والسلام « هَلَّا انْتَفَعْتُمْ بِجِلْدِها ؟ » وفى حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقا ، وذلك أن فيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب « ألاَّ تَنْتَفِعُوا مِنَ المَيْتَةِ بإهَابٍ ولا عَصَبٍ » قال : وذلك قبل موته بعام . وفى بعضها الأمر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ ، والثابت فى هذا الباب هو حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال « إذَا دُبِغَ الإهابُ فَقَدْ طَهُرَ » فلمكان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس فى تأويلها ، فذهب قوم مذهب الجمع على حديث ابن عباس ، أعنى أنهم فرقوا فى الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ . وذهب قوم مذهب النسخ ، فأخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام . وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث ميمونة ، ورأوا أنه يتضمن زيادة على مافى حديث ابن عباس ، وأن تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس قبل الدباغ ، لأن الانتفاع غير الطهارة ، أعنى كل طاهر ينتفع به ، وليس يلزم عكس هذا المعنى ، أعنى أن كل ما ينتفع به هو طاهر .

(المسئلة الرابعة) اتفق العلماء على أن دم الحيوان البرى نجس ، واختلفوا فى دم السمك ، وكذلك اختلفوا فى الدم القليل من دم الحيوان غير البحرى ، فقال قوم : دم السمك طاهر ، وهو أحد قولى مالك ومذهب الشافعى . وقال قوم : هو نجس على أصل الدماء ، وهو قول مالك فى المدونة . وكذلك قال قوم : إن قليل الدماء معفو عنه . وقال قوم : بل القليل منها والكثير حكمه واحد ، والأول عليه الجمهور . والسبب فى اختلافهم فى دم السمك

هو اختلافهم فى ميتته ، فمن جعل ميتته داخلة تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ، ومن أخرج ميتته أخرج دمه قياسا على الميتة ، وفى ذلك أثر ضعيف وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ الجَرَادُ والحُوتُ ، والكَبِدُ والطِّحالُ » . وأما اختلافهم فى كثير الدم وقليله فسببه اختلافهم فى القضاء بالمقيد على المطلق أو بالمطلق على المقيد ، وذلك أنه ورد تحريم الدم مطلقا فى قوله تعالى ـ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ المَيْتَةُ والدَّمُ ولَحْمُ الخِنْزِيرِ ـ وورد مقيدا فى قوله تعالى ـ قُلْ لاأجِدُ فِيما أُوحِيَ إلى مُحَرَّما ـ إلى قوله ـ أوْ دَمًا مَسْفُوحا أوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ ـ فمن قضى بالمقيد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ، ومن قضى بالمطلق على المقيد لأن فيه زيادة قال : المسفوح وهو الكثير ، وغير المسفوح وهو القليل ، كل ذلك حرام ، وأيد هذا بأن كل ما هو نجس لعينه فلا يتبعض .

(المسئلة الخامسة) اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه إلا بول الصبى الرضيع ، واختلفوا فيما سواه من الحيوان ، فذهب الشافعى وأبو حنيفة إلى أنها كلها نجسة . وذهب قوم إلى طهارتها بإطلاق ، أعنى فضلتى سائر الحيوان البول والرجيع : وقال قوم : أبوالها وأرواثها تابعة للحومها ، فما كان منها لحومها محرمة فأبوالها وأرواثها نجسة محرمة ، وما كان منها لحومها مأكولة فأبوالها وأرواثها طاهرة ، ما عدا التى تأكل النجاسة ، وما كان منها مكروها فأبوالها وأرواثها مكروهة ، وبهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك فى الأسآر . وسبب اختلافهم شيئان : أحدهما اختلافهم فى مفهوم الإباحة الواردة فى الصلاة فى مرابض الغنم ، وإباحته عليه الصلاة والسلام للعرنيين شرب أبوال الإبل وألبانها ، وفى مفهوم النهى عن الصلاة فى أعطان الإبل . والسبب الثانى اختلافهم فى قياس سائر الحيوان فى ذلك على الإنسان ، فمن قاس سائر الحيوان على الإنسان و أى أنه من باب قياس الأولى والأحرى لم يفهم من إباحة الصلاة فى مرابض الغنم طهارة أرواثها وأبوالها جعل ذلك عبادة ، ومن فهم من النهى عن الصلاة فى أعطان الإبل النجاسة وجعل إباحته للعرنيين أبوال الإبل لمكان المداواة على أصله فى إجازة ذلك قال : كل رجيع وبول

فهو نجس ، ومن فهم من حديث إباحة الصلاة فى مرابض الغنم طهارة أرواثها وأبوالها وكذلك من حديث العرنيين وجعل النهى عن الصلاة فى أعطان الإبل عبادة أو لمعنى غير معنى النجاسة ، وكان الفرق عنده بين الإنسان وبهيمة الأنعام أن فضلتى الإنسان مستقذرة بالطبع وفضلتى بهيمة الأنعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة للحوم والله أعلم . ومن قاس على بهيمة الأنعام غيرها جعل الفضلات كلها ما عدا فضلتى الإنسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة محتملة ، ولولا أنه لا يجوز إحداث قول لم يتقدم إليه أحد فى المشهور ، وإن كانت مسئلة فيها خلاف لقيل إن ماينتن منها ويستقذر بخلاف ما لا ينتن ولا يستقذر ، وبخاصة ما كان منها رائحته حسنة لاتفاقهم على إباحة العنبر وهو عند أكثر الناس فضلة من فضلات حيوان البحر ، وكذلك المسك ، وهو فضلة دم الحيوان الذى يوجد المسك فيه فيما يذكر .

(المسئلة السادسة) اختلف الناس فى قليل النجاسات على ثلاثة أقوال : فقوم رأوا قليلها وكثيرها سواء ، وممن قال بهذا القول الشافعى . وقوم رأوا أن قليل النجاسات معفو عنه ، وحدوه بقدر الدرهم البغلى ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة ، وشذ محمد بن الحسن فقال : إن كانت النجاسة ربع الثوب فما دونه جازت به الصلاة . وقال فريق ثالث : قليل النجاسات وكثيرها سواء إلا الدم على ما تقدم ، وهو مذهب مالك ، وعنه فى دم الحيض روايتان والأشهر مساواته لسائر الدماء . وسبب اختلافهم اختلافهم فى قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة فى الاستجمار للعلم بأن النجاسة هناك باقية ، فمن أجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ، ولذلك حدوه بالدرهم قياسا على قدر المخرج ، ومن رأى أن تلك رخصة والرخص لا يقاس عليها منع ذلك . وأما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء ، فقد تقدم . وتفصيل مذهب أبى حنيفة أن النجاسات عنده تنقسم إلى مغلظة ومخففة ، وأن المغلظة هى التى يعفى منها عن قدر الدرهم ، والمخففة هى التى يعفى منها عن ربع الثوب ، والمخففة عندهم مثل أرواث الدواب ، وما لا تنفك منه الطرق غالبا ، وتقسيمهم إياها إلى مغلظة ومخففة حسن جدا .

(المسئلة السابعة) اختلفوا فى المنى : هل هو نجس أم لا ؟ فذهبت طائفة منهم مالك وأبو حنيفة إلى أنه نجس ، وذهبت طائفة إلى أنه طاهر ، وبهذا قال الشافعى وأحمد وداود وسبب اختلافهم فيه شيئان : أحدهما اضطراب الرواية فى حديث عائشة وذلك أن فى بعضها « كنت أغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المنى فيخرج إلى الصلاة وإن فيه لبقع الماء » وفى بعضها «أفركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم » وفى بعضها « فيصلى فيه » خرّج هذه الزيادة مسلم . والسبب الثانى تردد المنى بين أن يشبه بالأحداث الخارجة من البدن ، وبين أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كاللبن وغيره ، فمن جمع الأحاديث كلها بأن حمل الغسل على باب النظافة ، واستدل من الفرك على الطهارة على أصله فى أن الفرك لا يطهر نجاسة ، وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات الشريفة لم يره نجسا ، ومن رجح حديث الغسل على الفرك وفهم منه النجاسة وكان بالأحداث عنده أشبه منه مما ليس بحدث قال : إنه نجس ، وكذلك أيضا من اعتقد أن النجاسة تزول بالفرك قال : الفرك يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو مذهب أبى حنيفة ، وعلى هذا فلا حجة لأولئك فى قولها فيصلى فيه ، بل فيه حجة لأبى حنيفة فى أن النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية .

الباب الثالث فى معرفة المحال التى يجب إزالتها عنها

وأما المحال التى تزال عنها النجاسات فثلاثة ولا خلاف فى ذلك : أحدها الأبدان ، ثم الثياب ، ثم المساجد ومواضع الصلاة . وإنما اتفق العلماء على هذه الثلاثة لأنها منطوق بها فى الكتاب والسنة . أما الثياب فنى قوله تعالى ـ وثيابَكَ فَطَهِّرْ ـ على مذهب من حملها على الحقيقة ، وفى الثابت من أمره عليه الصلاة والسلام بغسل الثوب من دم الحيض وصبه الماء على بول الصبى الذى بال عليه . وأما المساجد فلأمره عليه الصلاة والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الأعرابى الذى بال فى المسجد ، وكذلك ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه أمر بغسل المذى من البدن وغسل النجاسات من المخرجين » واختلف

الفقهاء هل يغسل الذكر كله من المذى أم لا ؟ لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث على المشهور ، وقد سئل عن المذى فقال « يَغْسِلُ ذَكَرَهُ وَيَتَوَضَّأُ » وسبب الخلاف فيه هو : هل الواجب هو الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها ؟ فمن رأى أنه بأواخرها : أعنى بأكثر ما ينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكر كله ، ومن رأى الأخذ بأقل ماينطلق عليه قال إنما يغسل موضع الأذى فقط قياسا على البول والمذى .

الباب الرابع فى الشىء الذى تزال به

وأما الشىء الذى به تزال ، فإن المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال ، واتفقوا أيضا على أن الحجارة تزيلها من المخرجين ، واختلفوا فيما سوى ذلك من المائعات والجامدات التى تزيلها . فذهب قوم إلى أن ما كان طاهرا يزيل عين النجاسة مائعا كان أو جامدا فى أى موضع كانت ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال قوم : لاتزال النجاسة بما سوى الماء إلا فى الاستجمار فقط المتفق عليه ، وبه قال مالك والشافعى . واختلفوا أيضا فى إزالتها فى الاستجمار بالعظم والروث ، فمنع ذلك قوم : وأجازه بغير ذلك مما ينقى ، واستثنى مالك من ذلك ماهو مطعوم ذو حرمة كالخبز ، وقد قيل ذلك فيما فى استعماله سرف كالذهب والياقوت . وقوم قصروا الإنقاء على الأحجار فقط ، وهو مذهب أهل الظاهر . وقوم أجازوا الاستنجاء بالعظم دون الروث وإن كان مكروها عندهم . وشذ الطبرى فأجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس . وسبب اختلافهم فى إزالة النجاسة بما عدا الماء فيما عدا المخرجين هو : هل المقصود بإزالة النجاسة بالماء هو إتلاف عينها فقط فيستوى فى ذلك مع الماء كل ما يتلف عينها ؟ أم للماء فى ذلك مزيد خصوص ليس بغير الماء ، فمن لم يظهر عنده للماء مزيد خصوص قال بإزالتها بسائر المائعات والجامدات الطاهرة ، وأيد هذا المفهوم بالاتفاق على إزالتها من المخرجين بغير الماء ، وبما ورد من حديث أم سلمة أنها قالت « إنى امرأة أطيل ذيلى وأمشى فى المكان القذر ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « يُطَهِّرُهُ مابَعْدَهُ » وكذلك بالآثار التى خرجها أبو داود فى هذا

مثل قوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا وَطِئَ أَحَدُكُمُ الأَذَى بِنَعْلَيْهِ فإِنَّ التُّرابَ لَهُ طَهُورٌ » إلى غير ذلك مما روى فى هذا المعنى ؛ ومن رأى أن للماء فى ذلك مزيد خصوص منع ذلك إلا فى موضع الرخصة فقط ، وهو المخرجان . ولما طالبت الحنفية الشافعية بذلك الخصوص المزيد الذى للماء لجئوا فى ذلك إلى أنها عبادة إذ لم يقدروا أن يعطوا فى ذلك سببا معقولا ، حتى أنهم سلموا أن الماء لايزيل النجاسة بمعنى معقول، وإنما إزالته بمعنى شرعى حكمى ، وطال الخطب والجدل بينهم : هل إزالة النجاسة بالماء عبادة أو معنى معقول خلفا عن سلف ، واطرت الشافعية إلى أن تثبت أن فى الماء قوة شرعية فى رفع أحكام النجاسات ليست فى غيره ، وإن استوى مع سائر الأشياء فى إزالة العين ، وأن المقصود إنما هو إزالة ذلك الحكم الذى اختص به الماء لإذهاب عين النجاسة ، بل قد يذهب العين ويبقى الحكم فباعدوا المقصد وقد كانوا اتفقوا قبل مع الحنفيين أن طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعنى شرعية ، ولذلك لم تحتج إلى نية ولو راموا الانفصال عنهم بأنا نرى أن للماء قوة إحالة للأنجاس والأدناس وقلعها من الثياب والأبدان ليست لغيره ، ولذلك اعتمده الناس فى تنظيف الأبدان والثياب لكان قولا جيدا وغيره بعيد ، بل لعله واجب أن يعتقد أن الشرع إنما اعتمد فى كل موضع غسل النجاسة بالماء لهذه الخاصية التى فى الماء ، ولو كانوا قالواهذا لكانوا قد قالوا فى ذلك قولا هو أدخل فى المذهب الفقه الجارى على المعانى وإنما يلجأ الفقيه إلى أن يقول عبادة إذا ضاق عليه المسلك مع الخصم ، فتأمل ذلك فإنه بين من أمرهم فى أكثر المواضع . وأما اختلافهم فى الروث فسببه اختلافهم فى المفهوم من النهى الوارد فى ذلك عنه عليه الصلاة والسلام ، أعنى أمره عليه الصلاة والسلام أن لا يستنجى بعظم ولا روث ، فمن دل عنده النهى على الفساد لم يجز ذلك ، ومن لم ير ذلك إذ كانت النجاسة معنى معقولا حمل ذلك على الكراهية ولم يعده إلى إبطال الاستنجاء بذلك ، ومن فرق بين العظام والروث فلأن الروث نجس عنده .

الباب الخامس فى صفة إزالتها

وأما الصفة التى بها تزول فاتفق العلماء على أنها غسل ومسح ونضح لورود ذلك فى الشرع وثبوته فى الآثار . واتفقوا على أن الغسل عام لجميع أنواع النجاسات ولجميع محال النجاسات . وأن المسح بالأحجار يجوز فى المخرجين ويجوز فى الخفين وفى النعلين من العشب اليابس . وكذلك ذيل المرأة الطويل اتفقوا على أن طهارته هى على ظاهر حديث أم سلمة من العشب اليابس ، واختلفوا من ذلك فى ثلاث مواضع هى أصول هذا الباب : أحدها فى النضح لأى نجاسة هو والثانى فى المسح لأى محل هو ولأى نجاسة هو بعد أن اتفقوا على ما ذكرناه . والثالث اشتراط العدد فى الغسل والمسح . أما النضح فإن قوما قالوا : هذا خاص بإزالة بول الطفل الذى لم يأكل الطعام . وقوم فرقوا بين بول الذكر فى ذلك والأنثى . فقالوا : ينضح بول الذكر ويغسل بول الأنثى . وقوم قالوا : الغسل طهارة ما يتيقن بنجاسته ، والنضح طهارة ما شك فيه ، وهو مذهب مالك بن أنس رضى الله عنه . وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث فى ذلك ، أعنى اختلافهم فى مفهومها ، وذلك أن ههنا حديثين ثابتين فى النضح : أحدهما حديث عائشة « أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يؤتى بالصبيان فيبرك عليهم ويحنكهم ، فأتى بصبى فبال عليه ، فدعا بماء فأتبعه بوله ولم يغسله » وفى بعض رواياته « فنضحه ولم يغسله » خرجه البخارى والآخر حديث أنس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيته قال : فقمت إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبث ، فنضحته بالماء . فمن الناس من صار إلى العمل بمقتضى حديث عائشة . وقال : هذا خاص ببول الصبى واستثناه من سائر البول . ومن الناس من رجح الآثار الواردة فى الغسل على هـذا الحديث ، وهو مذهب مالك ، ولم ير النضـح إلا الذى فى حديث أنس ، وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه . وأما الذى فرق فى ذلك بين بول الذكر والأنثى ، فإنه اعتمد على ماروراه أبوداود

عن أبى السمح من قوله عليه الصلاة والسلام « يُغْسَلُ بَوْلُ الجارِيَةِ وَيُرَشُّ بَوْلُ الصَّبِيِّ » وأما من لم يفرق فإنما اعتمد قياس الأنثى على الذكر الذى ورد فيه الحديث الثابت . وأما المسح فإن قوما أجازوه فى أى محل كانت النجاسة إذا ذهب عينها على مذهب أبى حنيفة ، وكذلك الفرك على قياس من يرى أن كل ما أزال العين فقد طهر ، وقوم لم يجيزوه إلا فى المتفق عليه وهو المخرج وفى ذيل المرأة وفى الخف ، وذلك من العشب اليابس لا من الأذى غير اليابس وهو مذهب مالك ، وهؤلاء لم يعدوا المسح إلى غير المواضع التى جاءت فى الشرع ، وأما الفريق الآخر فإنهم عدوه . والسبب فى اختلافهم فى ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة أو حكم ؟ فمن قال رخصة لم يعدها إلى غيرها : أعنى لم يقس عليها ، ومن قال هو حكم من أحكام إزالة النجاسة كحكم الغسل عداه . وأما اختلافهم فى العدد ، فإن قوما اشترطوا الإبقاء فقط فى الغسل والمسح ، وقوم اشترطوا العدد فى الاستجمار وفى الغسل ، والذين اشترطوه فى الغسل منهم من اقتصر على المحل الذى ورد فيه العدد فى الغسل بطريق السمع ، ومنهم من عداه إلى سائر النجاسات . أما من لم يشترط العدد لا فى غسل ولا فى مسح فمنهم مالك وأبو حنيفة . وأما من اشترط فى الاستجمار العدد : أعنى ثلاثة أحجار لا أقل من ذلك . فمنهم الشافعى وأهل الظاهر . وأما من اشترط العدد فى الغسل واقتصر به على محله الذى ورد فيه وهو غسل الإناء سبعا من ولوغ الكلب . فالشافعى ومن قال بقوله . وأما من عداه واشترط السبع فى غسل النجاسات ففى أغلب ظنى أن أحمد ابن حنبل منهم . وأبو حنيفة يشترط الثلاثة فى إزالة النجاسة الغير محسوسة العين أعنى الحكمية . وسبب اختلافهم فى هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة لظاهر اللفظ فى الأحاديث التى ذكر فيها العدد . وذلك أن من كان المفهوم عنده من الأمر بإزالة النجاسة إزالة عينها لم يشترط العدد أصلا ، وجعل العدد الوارد من ذلك فى الاستجمار فى حديث سلمان الثابت الذى فيه الأمر أن لا يستنجى بأقل من ثلاثة أحجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع من هذه الأحاديث . وجعل العدد المشترط فى غسل الإناء من ولوغ الكلب عبادة لا لنجاسة كما تقدم من مذهب مالك . وأما

من صار إلى ظواهر هذه الآثار واستثناها من المفهوم فاقتصر بالعدد على هذه المحال التي ورد العدد فيها . وأما من رجح الظاهر على المفهوم فإنه عدى ذلك إلى سائر النجاسات . وأما حجة أبي حنيفة في الثلاثة فقوله عليه الصلاة والسلام « إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده ثلاثا قبل أن يدخلها في إنائه » .

الباب السادس في آداب الاستنجاء

وأما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فأكثرها محمولة عند الفقهاء على الندب ، وهي معلومة من السنة كالبعد في المذهب إذا أراد الحاجة وترك الكلام عليها ، والنهي عن الاستنجاء باليمين ، وأن لا يمس ذكره بيمينه ، وغير ذلك مما ورد في الآثار ، وإنما اختلفوا من ذلك في مسئلة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة للغائط والبول واستدبارها ، فإن للعلماء فيها ثلاثة أقوال : أنه لا يجوز أن تستقبل القبلة لغائط ولا بول أصلا ، ولا في موضع من المواضع . وقول إن ذلك يجوز بإطلاق . وقول إنه يجوز في المباني والمدن ولا يجوز ذلك في الصحراء وفي غير المباني والمدن . والسبب في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان : أحدهما حديث أبي أيوب الأنصاري أنه قال عليه الصلاة والسلام « إذَا أتَيْتُمُ الغائِطَ فَلا تَسْتَقْبِلوا القِبْلَةَ ولا تَسْتَدْبِرُوها ولَكِنْ شَرِّقُوا أوْ غَرِّبُوا » . والحديث الثاني حديث عبد الله بن عمر أنه قال « ارتقيت على ظهر بيت أختي حفصة ، فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعدا لحاجته على لبنتين مستقبل الشام مستدبر القبلة » فذهب الناس في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب : أحدها مذهب الجمع . والثاني مذهب الترجيح . والثالث مذهب الرجوع إلى البراءة الأصلية إذا وقع التعارض ، وأعني بالبراءة الأصلية عدم الحكم ، فمن ذهب مذهب الجمع حمل حديث أبي أيوب الأنصاري على الصحارى وحيث لا سترة ، وحمل حديث ابن عمر على السترة ، وهو مذهب مالك . ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث أبي أيوب ، لأنه إذا تعارض حديثان أحدهما فيه شرع موضوع ، والآخر موافق للأصل الذي هو عدم الحكم ولم يعلم المتقدم منهما من المتأخر وجب أن

يصار إلى الحديث المثبت للشرع ، لأنه قد وجب العمل بنقله من طريق العدول ، وتركه الذى ورد أيضا من طريق العدول يمكن أن يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم ، ويمكن أن يكون بعده ، فلم يجز أن نترك شرعا وجب العمل به بظن لم نؤمر أن نوجب النسخ به إلا لو نقل أنه كان بعده ، فإن الظنون التى تستند إليها الأحكام محدودة بالشرع : أعنى التى توجب رفعها أو إيجابها ، وليست هى أىّ ظن اتفق ، ولذلك يقولون إن العمل ما لم يجب بالظن وإنما وجب بالأصل المقطوع به ، يريدون بذلك الشرع المقطوع به الذى أوجب العمل بذلك النوع من الظن ، وهذه الطريقة التى قلناها هى طريقة أبى محمد بن حزم الأندلسى ، وهى طريقة جيدة مبنية على أصول أهل الكلام الفقهى ، وهو راجع إلى أنه لا يرتفع بالشك ما ثبت بالدليل الشرعى . وأما من ذهب مذهب الرجوع إلى الأصل عند التعارض فهو مبنى على أن الشك يسقط الحكم ويرفعه وأنه كلا حكم ، وهو مذهب داود الظاهرى ، ولكن خالفه أبو محمد بن حزم فى هذا الأصل مع أنه من أصحابه . قال القاضى : فهذا هو الذى رأينا أن نثبته فى هذا الكتاب من المسائل التى ظننا أنها تجرى مجرى الأصول ، وهى التى نطق بها فى الشرع أكثر ذلك ، أعنى أن أكثرها يتعلق بالمنطوق به ، إما تعلقا قريبا ، أو قريبا من القريب ، وإن تذكرنا لشىء من هذا الجنس أثبتناه فى هذا الباب ، وأكثر ما عولت فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب إلى أربابها هو كتاب الاستذكار ، وأنا قد أبحت لمن وقع من ذلك على وهم لى أن يصلحه ؛ والله المعين والموفق .

كتاب الصلاة

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما .

الصلاة تنقسم أولا وبالجملة إلى فرض، وندب . والقول المحيط بأصول هذه العبادة ينحصر بالجملة فى أربعة أجناس : أعنى أربع جمل : الجملة الأولى : فى معرفة الوجوب وما تعلق به . والجملة الثانية : فى معرفة شروطها الثلاث :

أعنى شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط التمام والكمال . والجملة الثالثة : فى معرفة ماتشتمل عليه من أفعال وأقوال ، وهى الأركان . والجملة الرابعة فى قضائها ومعرفة إصلاح مايقع فيها من الخلل وجبره ، لأنه قضاء ما إذا كان استدراكا لما فات .

(الجملة الأولى) وهذه الجملة فيها أربع مسائل هى فى معنى أصول هذا الباب . المسئلة الأولى : فى بيان وجوبها . الثانية : فى بيان عدد الواجبات منها . الثالثة : فى بيان على من تجب . الرابعة : ما الواجب على من تركها متعمدا ؟ .

(المسئلة الأولى) أما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والإجماع ، وشهرة ذلك تغنى عن تكلف القول فيه .

(المسئلة الثانية) وأما عدد الواجب منها ففيه قولان : أحدهما قول مالك والشافعى والأكثر ، وهو أن الواجب هى الخمس صلوات فقط لاغير . والثانى قول أبى حنيفة وأصحابه ، وهو أن الوتر واجب مع الخمس ، واختلافهم هل يسمى ما ثبت بالسنة واجبا أو فرضا لامعنى له ؟ . وسبب اختلافهم الأحاديث المتعارضة . أما الأحاديث التى مفهومها وجوب الخمس فقط بل هى نص فى ذلك فمشهورة وثابتة ، ومن أبينها فى ذلك ما ورد فى حديث الإسراء المشهور « أنه لما بلغ الفرض إلى خمس قال له موسى : ارجع إلى ربك فإن أمتك لاتطيق ذلك ، قال : فَرَاجَعْتُهُ ، فقال تعالى : هِىَ خَمسٌ وهِىَ خَمْسُونَ لايُبَدَّلُ القَوْلُ لَدَىَّ » وحديث الأعرابى المشهور الذى سأل النبى عليه الصلاة والسلام عن الإسلام فقال له « خَمْسُ صَلَوَاتٍ فى اليَوْمِ واللَّيْلَةِ ، قال : هل علىَّ غيرها ؟ قال : لا ، إلاَّ أنْ تَطَوَّعَ » وأما الأحاديث التى مفهومها وجوب الوتر ، فمنها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إنَّ اللهَ قَدْ زَادَكُمْ صَلاةً وَهِىَ الوِتْرُ فَحافِظُوا عَلَيْها » وحديث حارثة بن حذافة قال « خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنَّ اللهَ أمَرَكُمْ بِصَلاة هِىَ خَيْرٌ لَكُمْ مِنْ حُمْرِ النَّعَمْ وَهِىَ الوِتْرُ وجَعَلَها

لَكُمْ فِيما بَيْنَ صَلاةِ العِشاءِ إلى طُلُوعِ الفَجْرِ » وحديث بريدة الأسلمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الوِتْرُ حَقٌّ فَمَنْ لَمْ يُوتِرْ فَلَيْسَ مِنَّا » فمن رأى أن الزيادة هى نسخ ولم تقو عنده هده الأحاديث قوة تبلغ بها أن تكون ناسخة لتلك الأحاديث الثابتة المشهورة رجح تلك الأحاديث ، وأيضا فإنه ثبت من قوله تعالى فى حديث الإسراء « إنه لايبدل القول لدىّ » وظاهره أنه لايزاد فيها ولا ينقص منها وإن كان هو فى النقصان أظهر ، والخبر ليس يدخله النسخ ، ومن بلغت عنده قوة هذه الأخبار التى اقتضت الزيادة على الخمس إلى رتبة توجب العمل أوجب المصير إلى هذه الزيادة ، لاسيما إن كان ممن يرى أن الزيادة لاتوجب نسخا ، لكن ليس هذا من رأى أبى حنيفة .

(المسئلة الثالثة) وأما على من تجب فعلى المسلم البالغ ولا خلاف فى ذلك .

(المسئلة الرابعة) وأما ما الواجب على من تركها عمدا وأمر بها فأبى أن يصليها لاجحودا لفرضها ، فإن قوما قالوا : يقتل ، وقوما قالوا : يعزر ويحبس ، والذين قالوا يقتل منهم من أوجب قتله كفرا ، وهو مذهب أحمد وإسحاق وابن المبارك، ومنهم من أوجبه حدا وهو مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر ممن رأى حبسه وتعزيره حتى يصلى . والسبب فى هذا الاختلاف اختلاف الآثار ، وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « لايَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلاَّ باِحْدَى ثَلاثٍ : كُفْرٍ بَعْدَ إيمانٍ ، أوْ زِنا بَعْدَ إحْصَانٍ ، أوْ قَتْلِ نَفْسٍ بِغَيْرِ نَفْسٍ » وروى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث بريدة أنه قال « العَهْدُ الَّذِى بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ الصَّلاةُ فَمَنْ تَرَكَها فَقَدْ كَفَرَ » وحديث جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَيْسَ بَيْنَ العَبْدِ وَبَيْنَ الكُفْرِ – أو قال الشِّرْكِ – إلاَّ تَرْكُ الصَّلاةِ » فمن فهم من الكفر ههنا الكفر الحقيقى جعل هذا الحديث كأنه تفسير لقوله عليه الصلاة والسلام « كفر بعد إيمان » ومن فهم ههنا التغليظ والتوبيخ أى أن أفعاله أفعال كافر وأنه فى صورة كافر كما قال « لايَزْنِى الزَّانِى حِينَ يَزْنِى وَهُوَ مُؤْمِنٌ ، ولا يَسْرِقُ

السَّارِقِ حِينَ يَسْرِقُ وَهُوَ مُؤْمِنٌ » لم ير قتله كفرا . وأما من قال بقتل حدا فضعيف ولا مستند له إلا قياس شبه ضعيف إن أمكن ، وهو تشبيه الصلاة بالقتل فى كون الصلاة رأس المأمورات ، والقتل رأس المنهيات .

وعلى الجملة فاسم الكفر إنما ينطلق بالحقيقة على التكذيب ، وتارك الصلاة معلوم أنه ليس بمكذب إلا أن يتركها معتقدا لتركها هكذا ، فنحن إذن بين أحد أمرين : إما إن أردنا أن نفهم من الحديث الكفر الحقيقى يجب علينا أن نتأول أنه أراد عليه الصلاة والسلام من ترك الصلاة معتقدا لتركها فقد كفر ، وإما أن يحمل على اسم الكفر على غير موضوعه الأول ، وذلك على أحد معنيين : إما على أن حكمه حكم الكافر : أعنى فى القتل وسائر أحكام الكفار وإن لم يكن مكذبا ، وإما على أن أفعاله أفعال كافر على جهة التغليظ والردع له : أى أن فاعل هذا يشبه الكافر فى الأفعال ، إذ كان الكافر لا يصلى كما قال عليه الصلاة والسلام « لا يزنى الزانى حين يزنى وهو مؤمن » وحمله على أن حكمه حكم الكافر فى أحكامه لا يجب المصير إليه إلا بدليل لأنه حكم لم يثبت بعد فى الشرع من طريق يجب المصير إليه ، فقد يجب إذا لم يدل عندنا على الكفر الحقيقى الذى هو التكذيب أن يدل على المعنى المجازى لا على معنى يوجب حكما لم يثبت بعد فى الشرع بل يثبت ضده ، وهو أنه لا يحل دمه إذ هو خارج عن الثلاث الذين نص عليهم الشرع فتأمل هذا ، فإنه بين والله أعلم . أعنى أنه يجب علينا أحد أمرين : إما أن نقدر فى الكلام محذوفا إن أردنا حمله على المعنى الشرعى المفهوم من اسم الكفر ، وإما أن نحمله على المعنى المستعار ، وأما حمله على أن حكمه حكم الكافر فى جميع أحكامه مع أنه مؤمن فشىء مفارق للأصول ، مع أن الحديث نص فى حق من يجب قتله كفرا أو حدا ، ولذلك صار هذا القول مضاهيا لقول من يكفر بالذنوب .

(الجملة الثانية فى الشروط) وهذه الجملة فيها ثمانية أبواب : الباب الأول : فى معرفة الأوقات . الثانى : فى معرفة الأذان والإقامة . الثالث : فى معرفة القبلة . الرابع : فى ستر العورة واللباس فى الصلاة . الخامس : فى اشتراط الطهارة من النجس فى الصلاة . السادس : فى تعيين المواضع التى يصلى فيها

من المواضع التى لايصلى فيها . السابع : فى معرفة الشروط التى هى شروط فى صحة الصلاة . الثامن : فى معرفة النية وكيفية اشتراطها فى الصلاة .

الباب الأول فى معرفة الأوقات

وهذا الباب ينقسم أولا إلى فصلين : الأول فى معرفة الأوقات المأمور بها . الثانى فى معرفة الأوقات المنهى عنها .

الفصل الأول فى معرفة الأوقات المأمور بها

وهذا الفصل ينقسم إلى قسمين أيضا : القسم الأول فى الأوقات الموسعة والمختارة . والثانى فى أوقات أهل الضرورة .

القسم الأول من الفصل الأول من الباب الأول من الجملة الثانية

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى ـ إنَّ الصَّلاةَ كانَتْ عَلَى المُؤْمِنِينَ كِتابا مَوْقُوتا ـ اتفق المسلمون على أن للصلوات الخمس أوقاتا خمسا هى شرط فى صحة الصلاة ، وأن منها أوقات فضيلة وأوقات توسعة ، واختلفوا فى حدود أوقات التوسعة والفضيلة ، وفيه خمس مسائل :

(المسئلة الأولى) اتفقوا على أن أول وقت الظهر الذى لا تجوز قبله هو الزوال ، إلا خلافا شاذا روى عن ابن عباس ، وإلا ما روى من الخلاف فى صلاة الجمعة على ما سيأتى ، واختلفوا منها فى موضعين فى آخر وقتها الموسع وفى وقتها المرغب فيه . فأما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشافعى وأبو ثور وداود هو أن يكون ظل كل شىء مثله . وقال أبو حنيفة : آخر الوقت أن يكون ظل كل شىء مثليه فى إحدى الروايتين عنه ، وهو عنده أول وقت العصر . وقد روى عنه أن آخر وقت الظهر هو المثل ، وأول وقت العصر المثلان ، وأن ما بين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر ، وبه قال صاحباه أبو يوسف ومحمد . وسبب الخلاف فى ذلك اختلاف الأحاديث وذلك أنه ورد فى إمامة جبريل أنه صلى بالنبى صلى الله عليه وسلم الظهر فى اليوم الأول حين زالت الشمس ، وفى اليوم الثانى حين كان ظل كل شىء مثله ، ثم قال : « الوقت مابين هذين » وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم :

« إِنَّمَا بَقَاؤُكُمْ فِيمَا سَلَفَ قَبْلَكُمْ مِنَ الأُمَمِ كَمَا بَيْنَ صَلَاةِ العَصْرِ إلى غُرُوبِ الشَّمْسِ ، أُوتِيَ أَهْلُ التَّوْرَاةِ التَّوْرَاةَ فَعَمِلُوا حَتَّى إِذَا انْتَصَفَ النَّهَارُ ثُمَّ عَجَزُوا فَأُعْطُوا قِيرَاطا قِيرَاطا ، ثُمَّ أُوتِيَ أَهْلُ الأَنْجِيلِ الإِنْجِيلَ فَعَمِلُوا إلى صَلَاةِ العَصْرِ ، ثُمَّ عَجَزُوا فَأُعْطُوا قِيرَاطا قِيرَاطا ، ثُمَّ أُوتِينَا القرآنَ فَعَمِلْنَا إلى غُرُوبِ الشَّمْسِ فَأُعطِينَا قِيرَاطَينِ قِيرَاطَينِ ، فقال أَهْلُ الكِتَابِ أَيْ رَبَّنَا أَعْطَيْتَ هَؤُلَاءِ قِيرَاطَينِ قِيرَاطَينِ وأَعْطَيْتَنَا قِيرَاطا قِيرَاطا ونَحْنُ كُنَّا أَكْثَرَ عَمَلاً ؟ قال الله تعالى : هَلْ ظَلَمْتُكُمْ مِنْ أَجْرِكُمْ مِنْ شَيْءٍ ؟ قالوا لا ، قال : فَهُوَ فَضْلِي أُوتِيهِ مَنْ أَشَاءُ » فذهب مالك والشافعي إلى حديث إمامة جبريل ، وذهب أبو حنيفة إلى مفهوم ظاهر هذا ، وهو أنه إذا كان من العصر إلى الغروب أقصر من أول الظهر إلى العصر على مفهوم هذا الحديث ، فواجب أن يكون أول العصر أكثر من قامة ، وأن يكون هذا هو آخر وقت الظهر . قال أبو محمد بن حزم : وليس كما ظنوا وقد امتحنت الأمر فوجدت القامة تنتهي من النهار إلى تسع ساعات وكسر . قال القاضي : أنا الشاكّ في الكسر ، وأظنه قال : وثلث حجة من قال باتصال الوقتين ، أعني اتصالا لا بفصل غير منقسم قوله عليه الصلاة والسلام « لَا يَخْرُجُ وَقْتُ صَلَاةٍ حَتَّى يَدْخُلَ وَقْتُ أُخْرَى » وهو حديث ثابت . وأما وقتها المرغبّ فيه والمختار فذهب مالك إلى أنه للمنفرد أول الوقت ويستحب تأخيرها عن أول الوقت قليلا في مساجد الجماعات . وقال الشافعي : أول الوقت أفضل إلا في شدة الحر . وروى مثل ذلك عن مالك . وقالت طائفة : أول الوقت أفضل بإطلاق للمنفرد والجماعة وفي الحر والبرد ، وإنما اختلفوا في ذلك لاختلاف الأحاديث ، وذلك أن في ذلك حديثين ثابتين : أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا اشْتَدَّ الحَرُّ فَأَبْرِدُوا عَنِ الصَّلَاةِ ، فَإِنَّ شِدَّةَ الحَرِّ مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ » والثاني « أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يصلي الظهر بالهاجرة » وفي حديث خباب « أنهم شكوا إليه حر الرمضاء

فلم يشكهم » خرجه مسلم . قال زهير راوى الحديث : قلت لأبى إسحاق شيخه أفى الظهر؟ قال : نعم ، قلت : أفى تعجيلها ؟ قال : نعم ، فرجح قوم حديث الإبراد إذ هو نص ، وتأولوا هذه الأحاديث إذ ليست بنص . وقوم رجحوا هذه الأحاديث لعموم ماروى من قوله عليه الصلاة والسلام « وقد سئل : أى الأعمال أفضل ؟ قال : الصَّلاةُ لأوّلِ مِيقاتِها » والحديث متفق عليه ، وهذه الزيادة فيه ، أعنى « لأول ميقاتها » مختلف فيها .

(المسئلة الثانية) اختلفوا من صلاة العصر فى موضعين : أحدهما فى اشتراك أول وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر . والثانى فى آخر وقتها . فأما اختلافهم فى الاشتراك فإنه اتفق مالك والشافعى وداود وجماعة على أن أول وقت العصر هو بعينه آخر وقت الظهر ، وذلك إذا صار ظل كل شىء مثله ، إلاّ أن مالكا يرى أن آخر وقت الظهر وأول وقت العصر هو وقت مشترك للصلاتين معا : أعنى بقدر ما يصلى فيه أربع ركعات . وأما الشافعى وأبو ثور وداود فآخر وقت الظهر عندهم هو الآنُ الذى هو أول وقت العصر هو زمان غير منقسم . وقال أبوحنيفة كما قلنا أول وقت العصر أن يصير ، ظل كل شىء مثليه ، وقد تقدم سبب اختلاف أبى حنيفة معهم فى ذلك . وأما سبب اختلاف مالك مع الشافعى ومن قال بقوله فى هذه فعارضة حديث جبريل فى هذا المعنى لحديث عبد الله بن عمر ، وذلك أنه جاء فى إمامة جبريل أنه صلى بالنبى عليه الصلاة والسلام الظهر فى اليوم الثانى فى الوقت الذى صلى فيه العصر فى اليوم الأول . وفى حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام « وَقْتُ الظُّهْرِ ما لَمْ يَحْضُرْ وَقْتُ العَصْرِ » خرجه مسلم . فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركا ، ومن رجح حديث عبد الله لم يجعل بينهما اشتراكا ، وحديث جبريل أمكن أن يصرف إلى حديث عبد الله من حديث عبد الله إلى حديث جبريل ، لأنه يحتمل أن يكون الراوى تجوَّز فى ذلك لقرب ما بين الوقتين ، وحديث إمامة جبريل صححه الترمذى ، وحديث ابن عمر خرجه مسلم . وأما اختلافهم فى آخر وقت العصر فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما : أن آخر وقتها أن يصير ظل كل شىء مثليه ، وبه قال الشافعى .

والثانية أن آخر وقتها ما لم تصفر الشمس ، وهذا قول أحمد بن حنبل . وقال أهل الظاهر : آخر وقتها قبل غروب الشمس بركعة . والسبب فى اختلافهم أن فى ذلك ثلاثة أحاديث متعارضة : الظاهر أحدها حديث عبد الله بن عمر خرجه مسلم وفيه « فإذا صليتم العصر فإنه وقت إلى أن تصفر الشمس » وفى بعض رواياته « وقت العصر مالم تصفر الشمس » . والثانى حديث ابن عباس فى إمامة جبريل ، وفيه « أنه صلى به العصر فى اليوم الثانى حين كان ظل كل شىء مثليه » . والثالث حديث أبى هريرة المشهور « من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس ، فقد أدرك العصر ، ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح » فمن صار إلى ترجيح حديث إمامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المثلين (ومن صار إلى ترجيح حديث ابن عمر جعل آخر وقتها المختار اصفرار الشمس) [1] ومن صار إلى ترجيح حديث أبى هريرة قال : وقت العصر إلى أن يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس ، وهم أهل الظاهر كما قلنا . وأما الجمهور فسلكوا فى حديث أبى هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن عباس إذ كان معارضا لهما كل التعارض مسلك الجمع ، لأن حديثى ابن عباس وابن عمر تتقارب الحدود المذكورة فيهما ، ولذلك قال مالك مرة بهذا ، ومرة بذلك . وأما الذى فى حديث أ هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا : حديث أبى هريرة إنما خرج مخرج أهل الأعذار .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات أم لا ؟ فذهب قوم إلى أن وقتها واحد غير موسع . وهذا هو أشهر الروايات عن مالك وعن الشافعى . وذهب قوم إلى أن وقتها موسع وهو ما بين غروب الشمس إلى غروب الشفق . وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور وداود وقد روى هذا القول عن مالك والشافعى . وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حديث إمامة جبريل فى ذلك لحديث عبد الله بن عمر ، وذلك أن فى حديث إمامة جبريل أنه صلى المغرب فى اليومين فى وقت واحد . وفى حديث عبد الله

---

(١) مابين القوسين زائد بالنسخة المطبوعة بفاس أثبتناه لأنه من الضرورى .

« ووقت صلاة المغرب مالم يغب الشفق » فمن رجح حديث إمامة جبريل جعل لها وقتا واحدا ، ومن رجح حديث عبد الله جعل لها وقتا موسعا ، وحديث عبد الله خرجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث إمامة جبريل : أعنى حديث ابن عباس الذى فيه أنه صلى بالنبى عليه الصلاة والسلام عشر صلوات مفسرة الأوقات ثم قال له : الوقت ما بين هذين ، والذى فى حديث عبد الله من ذلك هو موجود أيضا فى حديث بريدة الأسلمى ، خرجه مسلم ، وهو أصل فى هذا الباب . قالوا : وحديث بريدة أولى لأنه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن أوقات الصلوات ، وحديث جبريل كان فى أول الفرض بمكة .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا من وقت العشاء الآخرة فى موضعين : أحدهما فى أوله . والثانى فى آخره . أما أوله فذهب مالك والشافعى وجماعة إلى أنه مغيب الحمرة . وذهب أبو حنيفة إلى أنه مغيب البياض الذى يكون بعد الحمرة . وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق فى لسان العرب فإنه كما أن الفجر فى لسانهم فجران كذلك الشفق شفقان : أحمر ، وأبيض . ومغيب الشفق الأبيض يلزم أن يكون بعده من أول الليل (إما بعد الفجر المستدق من آخر الليل : أعنى الفجر الكاذب ، وأما بعد الفجر الأبيض المستطير وتكون الحمرة نظير الحمرة ، فالطوالع إذاً أربعة : الفجر الكاذب والفجر الصادق . والأحمر ، والشمس ، وكذلك يجب أن تكون الغوارب ولذلك ما ذكر عن الخليل من أنه رصد الشفق الأبيض فوجده يبقى إلى ثلث الليل كذب بالقياس والتجربة [1]) . وذلك أنه لاخلاف بينهم أنه قد ثبت فى حديث بريدة وحديث إمامة جبريل أنه صلى العشاء فى اليوم الأول حين غاب الشفق . وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى العشاء عند مغيب القمر فى الليلة الثالثة » ورجح أبو حنيفة مذهبه بما ورد فى تأخير العشاء واستحباب تأخيره وقوله « لَوْلا أنْ أشُقَّ عَلى أُمَّتِي لأَخَّرْتُ هَذِهِ الصَّلاةَ إلى نِصْفِ اللَّيْلِ » وأما آخر وقتها فاختلفوا

(١) ما بين القوسين زيادة بالنسخة المصرية غير موجودة بالنسخة الفاسية فأثبتناها كما هى اه .

فيه على ثلاثة أقوال : قول إنه ثلث الليل . وقول إنه نصف الليل وقول إنه إلى طلوع الفجر ، وبالأول : أعنى ثلث الليل . قال الشافعى وأبو حنيفة ، وهو المشهور من مذهب مالك ، وروى عن مالك القول الثانى : أعنى نصف الليل . وأما الثالث فقول داود . وسبب الخلاف فى ذلك تعارض الآثار ، ففى حديث إمامة جبريل أنه صلاها بالنبى عليه الصلاة والسلام فى اليوم الثانى ثلث الليل . وفى حديث أنس أنه قال « أخر النبى صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء إلى نصف الليل » خرجه البخارى . وروى أيضا من حديث أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « لولا أن أشق على أمتى لأخرت العشاء إلى نصف الليل » وفى حديث أبى قتادة ليس التفريط فى النوم إنما التفريط أن تؤخر الصلاة حتى يدخل وقت الأخرى . فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث إمامة جبريل قال ثلث الليل ، ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث أنس قال شطر الليل . وأما أهل الظاهر فاعتمدوا حديث أبى قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث إمامة جبريل فهو ناسخ ولو لم يكن ناسخا لكان تعارض الآثار يسقط حكمها ، فيجب أن يصار إلى استصحاب حال الإجماع ، وقد اتفقوا على أن الوقت يخرج لما بعد طلوع الفجر واختلفوا فيما قبل . فإنا روينا عن ابن عباس أن الوقت عنده إلى طلوع الفجر فوجب أن يستصحب حكم الوقت . إلا حيث وقع الاتفاق على خروجه وأحسب أن به قال أبو حنيفة .

(المسئلة الخامسة) واتفقوا على أن أول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس ، إلا ماروى عن ابن القاسم وعن بعض أصحاب الشافعى من أن آخر وقتها الإسفار . واختلفوا فى وقتها المختار . فذهب الكوفيون وأبو حنيفة وأصحابه والثورى وأكثر العراقيين إلى أن الإسفار بها أفضل ، وذهب مالك والشافعى وأصحابه وأحمد بن حنبل وأبو ثور وداود إلى أن التغليس بها أفضل . وسبب اختلافهم اختلافهم فى طريقة جمع الأحاديث المختلفة الظواهر فى ذلك ، وذلك أنه ورد عنه عليه الصلاة والسلام من طريق رافع بن خديج أنه قال « أَسْفِرُوا بِالصُّبْحِ فَكُلَّمَا أَسْفَرْتُمْ فَهُوَ أَعْظَمُ لِلأَجْرِ » وروى عنه

عليه الصلاة والسلام أنه قال وقد سئل أى الأعمال أفضل ؟ قال : « الصلاة لأول ميقاتها » وثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يصلى الصبح فتنصرف النساء متلفعات بمروطهن مايعرفن من الغلس » وظاهر الحديث أنه كان عمله فى الأغلب ، فمن قال إن حديث رافع خاص وقوله « الصلاة لأول ميقاتها » عام ، والمشهور أن الخاص يقضى عن العام إذا هو استثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز ، وأنه إنما تضمن الإخبار بوقوع ذلك منه لابأنه كان ذلك غالب أحواله صلى الله عليه وسلم قال : الإسفار أفضل من التغليس . ومن رجح حديث العموم لموافقة حديث عائشة له ، ولأنه نص فى ذلك أو ظاهر ، وحديث رافع ابن خديج محتمل ، لأنه يمكن أن يريد بذلك تبين الفجر وتحققه ، فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد فى ذلك تعارض قال : أفضل الوقت أوله . وأما من ذهب إلى أن آخر وقتها الإسفار فإنه تأول الحديث فى ذلك أنه لأهل الضرورات : أعنى قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ أدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصُّبْحِ قَبْلَ أنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَقَدْ أدْرَكَ الصُّبْحَ » وهذا شبيه بما فعله الجمهور فى العصر . والعجب أنهم عدلوا عن ذلك فى هذا ووافقوا أهل الظاهر ، ولذلك لأهل الظاهر أن يطالبوهم بالفرق بين ذلك .

القسم الثانى من الفصل الأول من الباب الأول

فأما أوقات الضرورة والعذر فأثبتها كما قلنا فقهاء الأمصار ونفاها أهل الظاهر ، وقد تقدم سبب اختلافهم فى ذلك . واختلف هؤلاء الذين أثبتوها فى ثلاثة مواضع : أحدها لأى الصلوات توجد هذه الأوقات ولأيها لا ؟ والثانى فى حدود هذه الأوقات . والثالث فى من هم أهل العذر الذين رخص لهم فى هذه الأوقات وفى أحكامهم فى ذلك : أعنى من وجوب الصلاة ومن سقوطها .

(المسئلة الأولى) اتفق مالك والشافعى على أن هذا الوقت هو لأربع صلوات : للظهر والعصر مشتركا بينهما ، والمغرب والعشاء كذلك ، وإنما اختلفوا فى جهة اشتراكهما على ما سيأتى بعد ، وخالفهم أبوحنيفة فقال : إن

هذا الوقت إنما هو للعصر فقط ، وأنه ليس ههنا وقت مشترك . وسبب اختلافهم فى ذلك هو اختلافهم فى جواز الجمع بين الصلاتين فى السفر فى وقت إحداهما على ماسيأتى بعد ، فمن تمسك بالنص الوارد فى صلاة العصر أعنى الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ أدْرَكَ رَكْعَةً مِنْ صَلاةِ العَصْرِ قَبْلَ مَغِيبِ الشَّمْسِ فَقَدْ أدْرَكَ العَصْرَ » وفهم من هذا الرخصة ، ولم يجز الاشتراك فى الجمع لقوله عليه الصلاة والسلام « لايَفوتُ وَقْتُ صَلاةٍ حَتَّى يَدْخُلَ وَقْتُ الأخْرَى » ولما سنذكره بعد فى باب الجمع من حجج الفريقين قال : إنه لايكون هذا الوقت إلا لصلاة العصر فقط . ومن أجاز الاشتراك فى الجمع فى السفر قاس عليه أهل الضرورات ، لأن المسافر أيضا صاحب ضرورة وعذر . فجعل هذا الوقت مشتركا للظهر والعصر والمغرب والعشاء .

(المسئلة الثانية) اختلف مالك والشافعى فى آخر الوقت المشترك لهما ، فقال مالك : هو للظهر والعصر من بعد الزوال ، بمقدار أربع ركعات للظهر للحاضر وركعتين للمسافر إلى أن يبقى للنهار مقدار أربع ركعات للحاضر أو ركعتين للمسافر ، فجعل الوقت الخاص للظهر إنما هو مقدار أربع ركعات للحاضر بعد الزوال ، وإما ركعتان للمسافر ، وجعل الوقت الخاص بالعصر إما أربع ركعات قبل المغيب للحاضر وإما ثنتان للمسافر : أعنى أنه من أدرك الوقت الخاص فقط لم تلزمه إلا الصلاة الخاصة بذلك الوقت إن كان ممن لم تلزمه الصلاة قبل ذلك الوقت ، ومن أدرك أكثر من ذلك أدرك الصلاتين معا أو حكم ذلك الوقت و جعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب ، وكذلك فعل فى اشتراك المغرب والعشاء ، إلا أن الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال : هو مقدار ثلاث ركعات قبل أن يطلع الفجر ، ومرة جعله للصلاة الأخيرة كما فعل فى العصر فقال هو مقدار أربع ركعات وهو القياس ، وجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر . وأما الشافعى فجعل حدود أواخر هذه الأوقات المشتركة حدا واحدا وهو إدراك ركعة قبل غروب الشمس ، وذلك للظهر والعصر معا ، ومقدار

ركعة أيضا قبل انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معا ، وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة : أعنى أنه من أدرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معا . وأما أبوحنيفة فوافق مالكا فى أن آخر وقت العصر مقدار ركعة لأهل الضرورات عنده قبل الغروب ولم يوافق فى الاشتراك والاختصاص . وسبب اختلافهم أعنى مالكا والشافعى هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معا يقتضى أن لهما وقتين : وقت خاص بهما ووقت مشترك ؟ أم إنما يقتضى أن لهما وقتا مشتركا فقط ؟ وحجة الشافعى أن الجمع إنما دل على الاشتراك فقط لا على وقت خاص . وأما مالك فقاس الاشتراك عنده فى وقت الضرورة على الاشتراك عنده فى وقت التوسعة : أعنى أنه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان ، وقت مشترك ووقت خاص ، وجب أن يكون الأمر كذلك فى أوقات الضرورة ، والشافعى لا يوافقه على اشتراك الظهر والعصر فى وقت التوسعة ، فخلافهما فى هذه المسئلة إنما ينبنى والله أعلم على اختلافهم فى تلك الأولى فتأمله ، فإنه بين والله أعلم .

(المسئلة الثالثة) وأما هذه الأوقات : أعنى أوقات الضرورة ، فاتفقوا على أنها لأربع : للحائض تطهر فى هذه الأوقات أو تحيض فى هذه الأوقات وهى لم تصل ، والمسافر يذكر الصلاة فى هذه الأوقات وهو حاضر ، أو الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر ، والصبى يبلغ فيها ، والكافر يسلم . واختلفوا فى المغمى عليه فقال مالك والشافعى : هو كالحائض من أهل هذه الأوقات لأنه لا يقضى عندهم الصلاة التى ذهب وقتها . وعند أبى حنيفة أنه يقضى الصلاة فيما دون الخمس ، فإذا أفاق عنده من إغمائه متى ما أفاق قضى الصلاة . وعند الآخر أنه إذا أفاق فى أوقات الضرورة لزمته الصلاة التى أفاق فى وقتها ، وإذا لم يفق فيها لم تلزمه الصلاة ، وستأتى مسئلة المغمى عليه فيما بعد ، واتفقوا على أن المرأة إذا طهرت فى هذه الأوقات إنما تجب عليها الصلاة التى طهرت فى وقتها ، فإن طهرت عند مالك وقد بقى من النهار أربع ركعات لغروب الشمس إلى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وإن بقى خمس ركعات فالصلاتان معا . وعند الشافعى إن بقى ركعة للغروب فالصلاتان معا كما قلنا ، أو تكبيرة على القول الثانى له ، وكذلك الأمر عند مالك فى المسافر الناسى

يحضر فى هذه الأوقات ، أو الحاضر يسافر ، وكذلك الكافر يسلم فى هذه الأوقات : أعنى أنه تلزمهم الصلاة ، وكذلك الصبى يبلغ . والسبب فى أن جعل مالك الركعة جزءا لآخر الوقت ، وجعل الشافعى جزء الركعة حدا مثل التكبيرة . منها أن قوله عليه الصلاة والسلام «مَنْ أدْرَكَ رَكْعَةً من العصر قَبْلَ أنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَقَدْ أدْرَكَ العَصْرَ» وهو عند مالك من باب التنبيه بالأقل على الأكثر ، وعند الشافعى من باب التنبيه بالأكثر على الأقل ، وأيد هذا بما روى «مَنْ أدْرَكَ سَجْدَةً مِنَ العَصْرِ قَبْلَ أنْ تَغْرُبَ الشَّمْس فَقَدْ أدْرَكَ العَصْرَ» فإنه فهم من السجدة ههنا جزء من الركعة وذلك على قوله الذى قال فيه : من أدرك منهم تكبيرة قبل الغروب أو الطلوع فقد أدرك الوقت . ومالك يرى أن الحائض إنما تعتد بهذا الوقت بعد الفراغ من طهرها ، وكذلك الصبى يبلغ . وأما الكافر يسلم فيعتدّ له بوقت الإسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف . والمغمى عليه عند مالك كالحائض ، وعند عبد الملك كالكافر يسلم . ومالك يرى أن الحائض إذا حاضت فى هذه الأوقات وهى لم تصل بعد أن القضاء ساقط عنها ، والشافعى يرى أن القضاء واجب عليها ، وهو لازم لمن يرى أن الصلاة تجب بدخول أول الوقت ، لأنها إذا حاضت وقد مضى من الوقت ما يمكن أن تقع فيه الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة ، إلا أن يقال إن الصلاة إنما تجب بآخر الوقت ، وهو مذهب أبى حنيفة لا مذهب مالك ، فهذا كما ترى لازم لقول أبى حنيفة أعنى جاريا على أصوله لا على أصول قول مالك .

الفصل الثانى من الباب الأول

فى الأوقات المنهى عن الصلاة فيها

وهذه الأوقات اختلف العلماء منها فى موضعين : أحدهما فى عددها ، والثانى فى الصلوات التى يتعلق النهى عن فعلها فيها .

(المسئلة الأولى) اتفق العلماء على أن ثلاثة من الأوقات منهى عن الصلاة فيها وهى : وقت طلوع الشمس ، ووقت غروبها ، ومن لدن تصلى صلاة الصبح حتى تطلع الشمس . واختلفوا فى وقتين : فى وقت الزوال وفى الصلاة

بعد العصر ؛ فذهب مالك وأصحابه إلى أن الأوقات المنهى عنها هى أربعة : الطلوع ، والغروب ، وبعد الصبح ، وبعد العصر ، وأجاز الصلاة عند الزوال . وذهب الشافعى إلى أن هذه الأوقات خمسة كلها منهى عنها إلا وقت الزوال يوم الجمعة فإنه أجاز فيه الصلاة . واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر . وسبب الخلاف فى ذلك أحد شيئين : إما معارضة أثر لأثر ، وإما معارضة الأثر للعمل عند من راعى العمل : أعنى عمل أهل المدينة ، وهو مالك ابن أنس ، فحيث ورد النهى ولم يكن هناك معارض لامن قول ولا من عمل اتفقوا عليه ، وحيث ورد المعارض اختلفوا . أما اختلافهم فى وقت الزوال فلمعارضة العمل فيه للأثر ، وذلك أنه ثبت من حديث عقبة بن عامر الجهنى أنه قال « ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلى فيها وأن نقبر فيها موتانا : حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل ، وحين تضيف الشمس للغروب » خرجه مسلم ، وحديث أبى عبدالله الصنابحى فى معناه ، ولكنه منقطع ، خرجه مالك فى موطئه . فمن الناس من ذهب إلى منع الصلاة فى هذه الأوقات الثلاثة كلها . ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال ، إما باطلاق وهو مالك ، وإما فى يوم الجمعة فقط وهو الشافعى . أما مالك فلأن العمل عنده بالمدينة لما وجده على الوقتين فقط ولم يجده على الوقت الثالث : أعنى الزوال أباح الصلاة فيه ، واعتقد أن ذلك النهى منسوخ بالعمل . وأما من لم ير للعمل تأثيرا فبقى على أصله فى المنع ، وقد تكلمنا فى العمل وقوته فى كتابنا فى الكلام الفقهى ، وهو الذى يدعى بأصول الفقه . وأما الشافعى فلما صح عنده ما روى ابن شهاب عن ثعلبة بن أبى مالك القرظى أنهم كانوا فى زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ، ومعلوم أن خروج عمر كان بعد الزوال على ما صح ذلك من حديث الطنفسة التى كانت تطرح إلى جدار المسجد الغربى ، فإذا غشى الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع ما رواه أيضا عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس إلا يوم الجمعة » استثنى من ذلك

النهى يوم الجمعة ، وقوى هذا الأثر عنده العمل فى أيام عمر بذلك وإن كان الأثر عنده ضعيفا . وأما من رجح الأثر الثابت فى ذلك فبقى على أصله فى النهى .

وأما اختلافهم فى الصلاة بعد صلاة العصر فسببه تعارض الآثار الثابتة فى ذلك ، وذلك أن فى ذلك حديثين متعارضين : أحدهما حديث أبى هريرة المتفق على صحته « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس ، وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس » . والثانى حديث عائشة قالت « ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين فى بيتى قط سرا ولا علانية : ركعتين قبل الفجر ، وركعتين بعد العصر » فمن رجح حديث أبى هريرة قال بالمنع ، ومن رجح حديث عائشة أو رآه ناسخا لأنه العمل الذى مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز ، وحديث أم سلمة يعارض حديث عائشة ، وفيه « أنها رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى ركعتين بعد العصر ، فسألته عن ذلك فقال : إِنَّهُ أَتَانِى نَاسٌ مِنْ عَبْدِ القَيْسِ فَشَغَلُونِى عَنِ الرَّكْعَتَيْنِ اللَّتَيْنِ بَعْدَ الظُّهْرِ وَهُمَا هَاتَانِ » .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى الصلاة التى لاتجوز فى هذه الأوقات فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنها لاتجوز فى هذه الأوقات صلاة بإطلاق لا فريضة مقضية ولا سنة ولا نافلة إلا عصر يومه ، قالوا : فإنه يجوز أن يقضيه عند غروب الشمس إذا نسيه . واتفق مالك والشافعى أنه يقضى الصلوات المفروضة فى هذه الأوقات . وذهب الشافعى إلى أن الصلوات التى لاتجوز فى هذه الأوقات هى النوافل فقط التى تفعل لغير سبب ، وأن السنن مثل صلاة الجنازة تجوز فى هذه الأوقات ، ووافقه مالك فى ذلك بعد العصر وبعد الصبح : أعنى فى السنن ، وخالفه فى التى تفعل لسبب مثل ركعتى المسجد ، فإن الشافعى يجيز هاتين الركعتين بعد العصر وبعد الصبح ، ولا يجيز ذلك مالك ، واختلف قول مالك فى جواز السنن عند الطلوع والغروب . وقال الثورى فى الصلوات التى لاتجوز فى هذه الأوقات هى ما عدا الفرض ولم يفرق سنة من نفل ، فيتحصل فى ذلك ثلاثة أقوال : قول هى الصلوات

باطلاق . وقول إنها ما عدا الفروض سواء كانت سنة أو نفلا . وقول إنها النفل دون السنن . وعلى الرواية التى منع مالك فيها صلاة الجنائز عند الغروب قول رابع ، وهو أنها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معا عند الطلوع والغروب . وسبب الخلاف فى ذلك اختلافهم فى الجمع بين العمومات المتعارضة فى ذلك أعنى الواردة فى السنة ، وأى يخص بأى ، وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا نَسِيَ أَحَدُكُمُ الصَّلَاةَ فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا » يقتضى استغراق جميع الأوقات ، وقوله فى أحاديث النهى فى هذه الأوقات « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها » يقتضى أيضا عموم أجناس الصلوات المفروضات والسنن والنوافل ، فمتى حملنا الحديثين على العموم فى ذلك وقع بينهما تعارض هو من جنس التعارض الذى يقع بين العام والخاص ، إما فى الزمان ، وإما فى اسم الصلاة . فمن ذهب إلى الاستثناء فى الزمان : أعنى استثناء الخاص من العام منع الصلوات بإطلاق فى تلك الساعات ، ومن ذهب إلى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم اسم الصلاة المنهى عنها منع ما عدا الفرض فى تلك الأوقات ، وقد رجح مالك مذهبه من استثناء الصلوات المفروضة من عموم لفظ الصلاة بما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام « من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر » ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة ، لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا من ذلك صلاة الصبح أيضا للنص الوارد فيها ، ولا يردوا ذلك برأيهم من أن المدرك لركعة قبل الطلوع يخرج للوقت المحظور ، والمدرك لركعة قبل الغروب يخرج للوقت المباح . وأما الكوفيون فلهم أن يقولوا إن هذا الحديث ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التى تعلق النهى بها فى تلك الأيام لأن عصر اليوم ليس فى معنى سائر الصلوات المفروضة ، وكذلك كان لهم أن يقولوا فى الصبح لو سلموا أنه يقضى فى الوقت المنهى عنه ، فإذا الخلاف بينهم آيل إلى أن المستثنى الذى ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص أريد به الخاص ، أو من باب الخاص أريد به العام ؟ وذلك أن من رأى أن المفهوم من ذلك هى صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عنده من باب

الخاص أريد به الخاص ، ومن رأى أن المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلاة المفروضة ، فهو عنده من باب الخاص أريد به العام ، وإذا كان ذلك كذلك فليس هاهنا دليل قاطع على أن الصلوات المفروضة هى المستثناة من اسم الصلاة الفائتة ، كما أنه ليس ههنا دليل أصلا لا قاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان الخاص الوارد فى أحاديث النهى من الزمان العام الوارد فى أحاديث الأمر دون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق بها فى أحاديث الأمر من الصلاة العامة المنطوق بها فى أحاديث النهى ، وهذا بين ، فإنه إذا تعارض حديثان فى كل واحد منهما عام وخاص لم يجب أن يصار إلى تغليب أحدهما إلا بدليل : أعنى استثناء خاص هذا من عام ذاك أو خاص ذاك من عام هذا ، وذلك بين والله أعلم .

الباب الثانى فى معرفة الأذان والإقامة

هذا الباب ينقسم أيضا إلى فصلين : الأول فى الأذان . والثانى فى الإقامة .

الفصل الأول

هذا الفصل ينحصر الكلام فيه فى خمسة أقسام : الأول : صفته . الثانى : فى حكمه . الثالث : فى وقته . الرابع : فى شروطه . الخامس : فيما يقوله السامع له .

القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثانى فى صفة الأذان

اختلف العلماء فى الأذان على أربع صفات مشهورة : إحداها تثنية التكبير فيه وتربيع الشهادتين وباقيه مثنى . وهو مذهب أهل المدينة مالك وغيره . واختار المتأخرون من أصحاب مالك الترجيع . وهو أن يثنى الشهادتين أولا خفيا ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت . والصفة الثانية أذان المكيين ، وبه قال الشافعى ، وهو تربيع التكبير الأول والشهادتين وتثنية باقى الأذان . والصفة الثالثة أذان الكوفيين ، وهو تربيع التكبير الأول وتثنية باقى الأذان ، وبه قال أبو حنيفة . والصفة الرابعة أذان البصريين وهو تربيع التكبير الأول وتثليث

الشهادتين وحى على الصلاة وحى على الفلاح ، يبدأ بأشهد أن لا إله إلا الله حتى يصل إلى حى على الفلاح ، ثم يعيد كذلك مرة ثانية : أعنى الأربع كلمات تبعا : ثم يعيدهن ثالثة ، وبه قال الحسن البصرى وابن سيرين . والسبب فى اختلاف كل واحد من هؤلاء الأربع فرق اختلاف الآثار فى ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم ، وذلك أن المدنيين يحتجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك فى المدينة ، والمكيون كذلك أيضا يحتجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله . أما تثنية التكبير فى أوله على مذهب أهل الحجاز فروى من طرق صحاح عن أبى محذورة وعبد الله بن زيد الأنصارى ، وتربيعه أيضا مروى عن أبى محذورة من طرق أخر وعن عبد الله بن زيد . قال الشافعى : وهى زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة . وأما الترجيع الذى اختاره المتأخرون من أصحاب مالك فروى من طريق أبى قدامة : قال أبو عمر : وأبو قدامة عندهم ضعيف . وأما الكوفيون فبحديث أبى ليلى وفيه « أن عبد الله بن زيد رأى فى المنام رجلا قام على خرم حائط وعليه بردان أخضران . فأذن مثنى وأقام مثنى وأنه أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقام بلال فأذن مثنى وأقام مثنى » والذى خرجه البخارى فى هذا الباب إنما هو من حديث أنس فقط وهو « أن بلالا أمر أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة إلا قد قامت الصلاة . فإنه يثنيها » وخرج مسلم عن أبى محذورة على صفة أذان الحجازيين ولمكان هذا التعارض الذى ورد فى الأذان رأى أحمد بن حنبل وداود أن هذه الصفات المختلفة إنما وردت على التخيير لا على إيجاب واحدة منها . وأن الإنسان مخير فيها . واختلفوا فى قول المؤذن فى صلاة الصبح الصلاة خير من النوم هل يقال فيها أم لا ؟ فذهب الجمهور إلى أنه يقال ذلك فيها . وقال آخرون : إنه لا يقال لأنه ليس من الأذان المسنون . وبه قال الشافعى . وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم ؟ أو إنما قيل فى زمان عمر ؟ .

القسم الثانى من الفصل الأول من الباب الثانى

اختلف العلماء فى حكم الأذان هل هو واجب أو سنة مؤكدة ، وإن كان

واجبا فهل هو من فروض الأعيان أو من فروض الكفاية ؟ فقيل عن مالك إن الأذان هو فرض على مساجد الجماعات ، وقيل سنة مؤكدة ، ولم يره على المنفرد لا فرضا ولا سنة . وقال بعض أهل الظاهر هو واجب على الأعيان. وقال بعضهم : على الجماعة كانت فى سفر أو فى حضر . وقال بعضهم : فى السفر . واتفق الشافعى وأبو حنيفة على أنه سنة للمنفرد والجماعة إلا أنه آكد فى حق الجماعة . قال أبو عمر : واتفق الكل على أنه سنة مؤكدة أو فرض على المصرى لما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا سمع النداء لم يغر ، وإذا لم يسمعه أغار » . والسبب فى اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظواهر الآثار . وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمالك بن الحويرث ولصاحبه « إِذَا كُنْتُمَا فِى سَفَرٍ فَأَذِّنَا وأَقِيمَا ولْيَؤُمَّكُمَا أَكْبَرُكُمَا » وكذلك ما روى من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم فى الجماعة ، فمن فهم من هذا الوجوب مطلقا قال إنه فرض على الأعيان أو على الجماعة ، وهو الذى حكاه ابن المغلس عن داود ، ومن فهم منه الدعاء إلى الاجتماع للصلاة قال إنه سنة المساجد أو فرض فى المواضع التى يجتمع إليها الجماعة . فسبب الخلاف هو تردده بين أن يكون قولا من أقاويل الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع .

القسم الثالث من الفصل الأول فى وقته

وأما وقت الأذان فاتفق الجميع على أنه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها ، ما عدا الصبح فإنهم اختلفوا فيها . فذهب مالك والشافعى إلى أنه يجوز أن يؤذن لها قبل الفجر ، ومنع ذلك أبو حنيفة ، وقال قوم : لابد للصبح إذا أذن لها قبل الفجر من أذان بعد الفجر ، لأن الواجب عندهم هو الأذان بعد الفجر . وقال أبو محمد بن حزم : لابد لها من أذان بعد الوقت ، وإن أذن قبل الوقت جاز إذا كان بينهما زمان يسير قدر ما يهبط الأول ويصعد الثانى . والسبب فى اختلافهم أنه ورد فى ذلك حديثان متعارضان : أحدهما الحديث المشهور الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إِنَّ بِلالاً يُنَادِى بِلَيْلٍ ، فَكُلُوا واشْرَبُوا حَتَّى يُنَادِىَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ » ، وكان ابن أم مكتوم

رجلا أعمى لاينادى حتى يقال له أصبحت أصبحت . والثانى ما روى عن ابن عمر « أن بلالا أذن قبل طلوع الفجر ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يرجع فينادى : ألا إنَّ العَبْدَ قَدْ نامَ » وحديث الحجازيين أثبت ، وحديث الكوفيين أيضا خرجه أبو داود وصححه كثير من أهل العلم ، فذهب الناس فى هذين الحديثين إما مذهب الجمع ، وإما مذهب الترجيح . فأما من ذهب مذهب الترجيح فالحجازيون ، فإنهم قالوا : حديث بلال أثبت والمصير إليه أوجب . وأما من ذهب مذهب الجمع فالكوفيون ، وذلك أنهم قالوا : يحتمل أن يكون نداء بلال فى وقت يشك فيه فى طلوع الفجر ، لأنه كان فى بصره ضعف ، ويكون نداء ابن أم مكتوم فى وقت يتيقن فيه طلوع الفجر ، ويدل على ذلك ما روى عن عائشة أنها قالت « لم يكن بين أذانيهما إلا بقدر ما يهبط هذا ويصعد هذا » وأما من قال إنه يجمع بينهما : أعنى أن يؤذن قبل الفجر وبعده فعلى ظاهر ماروى من ذلك فى صلاة الصبح خاصة أعنى أنه كان يؤذن لها فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن أم مكتوم .

القسم الرابع من الفصل الأول فى الشروط

وفى هذا القسم مسائل ثمانية : إحداها هل من شروط من أذن أن يكون هو الذى يقيم أم لا ؟ والثانية هل من شرط الأذان أن لايتكلم فى أثنائه أم لا ؟ والثالثة هل من شرطه أن يكون على طهارة أم لا ؟ والرابعة هل من شرطه أن يكون متوجها إلى القبلة أم لا ؟ والخامسة هل من شرطه أن يكون قائما أم لا ؟ والسادسة هل يكره أذان الراكب أم ليس يكره ؟ والسابعة هل من شرطه البلوغ أم لا . والثامنة هل من شرطه أن لايأخذ على الأذان أجرا أم يجوز له أن يأخذه . فأما اختلافهم فى الرجلين يؤذن أحدهما ويقيم الآخر ، فأكثر فقهاء الأمصار على إجازة ذلك ، وذهب بعضهم إلى أن ذلك لايجوز . والسبب فى ذلك أنه ورد فى هذا حديثان متعارضان : أحدهما حديث الصُّدَائى قال « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كان أوان الصبح أمرنى فأذنت ثم قام إلى الصلاة ، فجاء بلال ليقيم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

إنَّ أخا صُداء أذَّنَ ، وَمَنْ أذَّنَ فَهُوَ يُقِيمُ » . والحديث الثانى ما روى أن عبد الله بن زيد حين أرى الأذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا فأذن ، ثم أمر عبد الله فأقام . فمن ذهب مذهب النسخ قال : حديث عبد الله بن زيد متقدم وحديث الصدائى متأخر . ومن ذهب مذهب الترجيح قال : حديث عبد الله بن زيد أثبت ، لأن حديث الصدائى انفرد به عبد الرحمن بن زياد الإفريقى وليس بحجة عندهم . وأما اختلافهم فى الأجرة على الأذان فلمكان اختلافهم فى تصحيح الخبر الوارد فى ذلك : أعنى حديث عثمان بن أبى العاص أنه قال « إن من آخر ما عهد إلىَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا » ومن منعه قاس الأذان فى ذلك على الصلاة . وأما سائر الشروط الأخر فسبب الخلاف فيها هو قياسها على الصلاة ، فمن قاسها على الصلاة أوجب تلك الشروط الموجودة فى الصلاة ، ومن لم يقسها لم يوجب ذلك . قال أبو عمر بن عبد البر : قد روينا عن أبى وائل ابن حجر قال : حق وسنة مسنونة أن لا يؤذن إلا وهو قائم ، ولا يؤذن إلا على طهر ، قال : وأبو وائل هو من الصحابة ، وقوله سنة يدخل فى المسند وهو أولى من القياس . قال القاضى : وقد خرج الترمذى عن أبى هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا يُؤَذِّنُ إلاَّ مُتَوَضِّئٌ » .

القسم الخامس

اختلاف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن : فذهب قوم إلى أنه يقول مايقول المؤذن كلمة بكلمة إلى آخر النداء ، وذهب آخرون إلى أنه يقول مثل ما يقول المؤذن ، إلا إذا قال حىَّ على الصلاة حىَّ على الفلاح ، فإنه يقول : لاحول ولا قوة إلا بالله . والسبب فى الاختلاف فى ذلك تعارض الآثار ، وذلك أنه قد روى، من حديث أبى سعيد الخدرى أنه عليه الصلاة والسلام قال « إذَا سَمِعْتُمُ المُؤَذِّنَ فَقُولُوا مثلَ ما يَقُولُ » وجاء من طريق عمر بن الخطاب وحديث معاوية أن السامع يقول عند حى على الفلاح لاحول ولا قوة إلا بالله . فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بعموم حديث أبى سعيد الخدرى ، ومن بنى العامَّ فى ذلك على الخاص جمع بين الحديثين ، وهو مذهب مالك بن أنس .

الفصل الثانى من الباب الثانى من الجملة الثانية

فى الإقامة

اختلفوا فى الإقامة فى موضعين فى حكمها وفى صفتها . أما حكمها فإنها عند فقهاء الأمصار فى حق الأعيان ، والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الأذان ، وهى عند أهل الظاهر فرض ولا أدرى هل هى فرض عندهم على الإطلاق أو فرض من فروض الصلاة ؟ والفرق بينهما أن على القول الأول لا تبطل الصلاة بتركها . وعلى الثانى تبطل . وقال ابن كنانة من أصحاب مالك : من تركها عامدا بطلت صلاته . وسبب هذا الاختلاف اختلافهم هل هى من الأفعال التى وردت بيانا لمجمل الأمر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام « صَلُّوا كما رأيْتُمُونى أصَلِّى » أم هى من الأفعال التى تحمل على الندب ؟ وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضا إما فى الجماعة وإما على المنفرد . وأما صفة الإقامة فإنها عند مالك والشافعى . أما التكبير الذى فى أولها فمثنى . وأما ما بعد ذلك فمرة واحدة إلا قوله : قد قامت الصلاة ، فإنها عند مالك مرة واحدة ، وعند الشافعى مرتين . وأما الحنفية فإن الإقامة عندهم مثنى مثنى ، وخير أحمد بن حنبل بين الإفراد والتثنية على رأيه فى التخيير فى النداء . وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس فى هذا المعنى وحديث أبى ليلى المتقدم ، وذلك أن فى حديث أنس الثابت أمر بلال أن يشفع الأذان ويفرد الإقامة إلا قد قامت الصلاة . وفى حديث أبى ليلى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بلالا فأذن مثنى وأقام مثنى . والجمهور أنه ليس على النساء أذان ولا إقامة . وقال مالك : إن أقمن فحسن ، وقال الشافعى : إن أذنّ وأقمن فحسن . وقال إسحاق : إن عليهن الأذان والإقامة . وروى عن عائشة أنها كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر ، والخلاف آيل إلى هل تؤم المرأة أو لا تؤم ؟ وقيل الأصل أنها فى معنى الرجل فى كل عبادة ، إلا أن يقوم الدليل على تخصيصها ، أم فى بعضها هى كذلك وفى بعضها يطلب الدليل ؟ .

الباب الثالث من الجملة الثانية فى القبلة

اتفق المسلمون على أن التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى ـ وَمِنْ حَيْثُ خَرَجْتَ فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ المَسْجِدِ الحَرَامِ ـ أما إذا أبصر البيت ، فالفرض عندهم هو التوجه إلى عين البيت ، ولا خلاف فى ذلك . وأما إذا غابت الكعبة عن الأبصار فاختلفوا من ذلك فى موضعين : أحدهما هل الفرض هو العين أو الجهة ؟ والثانى هل فرضه الإصابة أو الاجتهاد : أعنى إصابة الجهة أو العين عند من أوجب العين ؟ فذهب قوم إلى أن الفرض هو العين ، وذهب آخرون إلى أنه الجهة . والسبب فى اختلافهم هل فى قوله تعالى ـ فول وجهك شطر المسجد الحرام ـ محذوف حتى يكون تقديره : ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام أم ليس ههنا محذوف أصلا وأن الكلام على حقيقته ؟ فمن قدر هنالك محذوفا قال : الفرض الجهة ، ومن لم يقدر هنالك محذوفا قال : الفرض العين ، والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز ، وقد يقال إن الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام « مابَيْنَ المَشْرِقِ والمَغْرِبِ قِبْلَةٌ إذَا تَوَجَّهَ نَحْوَ البَيْتِ » قالوا : واتفاق المسلمين على الصف الطويل خارج الكعبة يدل على أن الفرض ليس هو العين أعنى إذا لم تكن الكعبة مبصرة . والذى أقوله إنه لو كان واجبا قصد العين لكان حرجا ، قد قال تعالى ـ وَما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ـ فإن إصابة العين شىء لايدرك إلا بتقريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الأرصاد فى ذلك ، فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبنى على الأرصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها .

(وأما المسئلة الثانية) فهى هل فرض المجتهد فى القبلة الإصابة أو الاجتهاد فقط حتى يكون إذا قلنا إن فرضه الإصابة متى تبين له أنه أخطأ أعاد الصلاة ، ومتى قلنا إن فرضه الاجتهاد لم يجب أن يعيد إذا تبين له الخطأ ، وقد كان

صلى قبل اجتهاده . أما الشافعي فزعم أن فرضه الإصابة وأنه إذا تبين له أنه أخطأ أعاد أبدا . وقال قوم : لايعيد وقد مضت صلاته ما لم يتعمد أو صلى بغير اجتهاد ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، إلا أن مالكا استحب له الإعادة فى الوقت . وسبب الخلاف فى ذلك معارضة الأثر للقياس مع الاختلاف أيضا فى تصحيح الأثر الوارد فى ذلك . أما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت : أعنى بوقت الصلاة : وذلك أنهم أجمعوا على أن الفرض فيه هو الإصابة ، وأنه إن انكشف للمكلف أنه صلى قبل الوقت أعاد أبدا إلا خلافا شاذا فى ذلك عن ابن عباس وعن الشعبى ، وما روى عن مالك من أن المسافر إذا جهل فصلى العشاء قبل غيبوبة الشفق ثم انكشف له أنه صلاها قبل غيبوبة الشفق أنه قد مضت صلاته ، ووجه الشبه بينهما أن هذا ميقات وقت ، وهذا ميقات جهة . وأما الأثر فحديث عامر بن ربيعة قال «كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ليلة ظلماء فى سفر ، فخفيت علينا القبلة ، فصلى كل واحد منا إلى وجه وعلمنا ، فلما أصبحنا فإذا نحن قد صلينا إلى غير القبلة ، فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : مَضَتْ صَلاتُكُمْ ، ونزلت ـ ولله المَشْرِقُ والمَغْرِبُ فأيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ الله ـ وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة ، وتكون فيمن صلى فانكشف له أنه صلى لغير القبلة ، والجمهور على أنها منسوخة بقوله تعالى ـ ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام ـ فمن لم يصح عنده هذا الأثر قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان ، ومن ذهب مذهب الأثر لم تبطل صلاته . وفى هذا الباب مسئلة مشهورة ، وهى جواز الصلاة فى داخل الكعبة . وقد اختلفوا فى ذلك ، فمنهم من منعه على الإطلاق ، ومنهم من أجازه على الإطلاق ، ومنهم من فرق بين النفل فى ذلك والفرض . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك ، والاحتمال المتطرق لمن استقبل أحد حيطانها من داخل هل يسمى مستقبلا للبيت كما يسمى من استقبله من خارج أم لا ؟ أما الأثر فإنه ورد فى ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت : أحدهما حديث ابن عباس قال «لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعا فى نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج ، فلما خرج ركع ركعتين فى قبل

الكعبة وقال : هَذِهِ القِبْلَةَ » والثانى حديث عبد الله بن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسامة بن زيد وعثمان بن طلحة وبلال بن رباح ، فأغلقها عليه ومكث فيها ، فسألت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال : جعل عمودا عن يساره وعمودا عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه ثم صلى » فمن ذهب مذهب الترجيح أو النسخ قال إما بمنع الصلاة مطلقا إن رجح حديث ابن عباس ، وإما بإجازتها مطلقا إن رجح حديث ابن عمر ، ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على الفرض وحديث ابن عمر على النفل ، والجمع بينهما فيه عسر ، فإن الركعتين اللتين صلاهما عليه الصلاة والسلام خارج الكعبة وقال « هذه القبلة » هى نفل ، ومن ذهب مذهب سقوط الأثر عند التعارض ، فإن كان ممن يقول باستصحاب حكم الإجماع والاتفاق لم يجز الصلاة داخل البيت أصلا ، وإن كان ممن لا يرى استصحاب حكم الإجماع عاد النظر فى انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة ، فمن جوزه أجاز الصلاة ، ومن لم يجوزه ، وهو الأظهر ، لم يجز الصلاة فى البيت ، واتفق العلماء بأجمعهم على استحباب السترة بين المصلى والقبلة إذا صلى ، منفردا كان أو إماما ، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « إذَا وَضَعَ أحَدُكُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ مِثْلَ مُؤَخَّرَةِ الرَّحْلِ فَلْيُصَلِّ » واختلفوا فى الخط إذا لم يجد سترة ، فقال الجمهور : ليس عليه أن يخط . وقال أحمد بن حنبل : يخط خطا بين يديه . وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح الأثر الوارد فى الخط ، والأثر رواه أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال « إذَا صَلَّى أحَدُكُمْ فَلْيَجْعَلْ تِلْقَاءَ وَجْهِهِ شَيْئًا ، فإنْ لَمْ يَكُنْ فَلْيَنْصِبْ عَصًا ، فإنْ لَمْ تَكُنْ مَعَهُ عَصًا فَلْيَخُطَّ خَطًّا ولا يَضُرُّهُ مَنْ مَرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ » خرجه أبو داود وكان أحمد بن حنبل يصححه والشافعى لا يصححه وقد روى « أنه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة » والحديث الثابت أنه كان يخرج له العنزة ، فهذه جملة قواعد هذا الباب وهى أربع مسائل .

الباب الرابع من الجملة الثانية

وهذا الباب ينقسم إلى فصلين : أحدهما فى ستر العورة والثانى فيما يجزىء من اللباس فى الصلاة .

الفصل الأول

اتفق العلماء على أن ستر العورة فرض بإطلاق ، واختلفوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة أم لا ؟ وكذلك اختلفوا فى حد العورة من الرجل والمرأة ، وظاهر مذهب مالك أنها من سنن الصلاة ، وذهب أبو حنيفة والشافعى إلى أنها من فروض الصلاة وسبب الخلاف فى ذلك تعارض الآثار واختلافهم فى مفهوم قوله تعالى - يابَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ - هل الأمر بذلك على الوجوب أو على الندب ؟ فمن حمله على الوجوب قال : المراد به ستر العورة ، واحتج لذلك بأن سبب نزول هذه الآية كان أن المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة وتقول :

اليوم يبدو بعضه أو كله   وما بدا منه فلا أحله

فنزلت هذه الآية «وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان » ومن حمله على الندب قال : المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التى هى زينة ، واحتج لذلك بما جاء فى الحديث من أنه كان رجال يصلون مع النبى عليه الصلاة والسلام عاقدى أزرهم على أعناقهم كهيئة الصبيان ، ويقال للنساء لا ترفعن رءوسكن حتى يستوى الرجال جلوسا قالوا : ولذلك من لم يجد ما به يستر عورته لم يختلف فى أنه يصلى ، واختلف فيمن عدم الطهارة هل يصلى أم لا يصلى ؟

(وأما المسئلة الثانية) وهى حد العورة من الرجل ، فذهب مالك والشافعى إلى أن حد العورة منه ما بين السرة إلى الركبة ، وكذلك قال أبو حنيفة وقال قوم : العورة هما السوأتان فقط من الرجل . وسبب الخلاف فى ذلك أثران متعارضان كلاهما ثابت : أحدهما حديث جرهد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الفَخِذُ عَوْرَةٌ » . والثانى حديث أنس « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم

حسر عن فخذه وهو جالس مع أصحابه » قال البخارى وحديث أنس أسند وحديث جرهد أحوط . وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى حد العورة فى المرأة ، فأكثر العلماء على أن بدنها كله عورة ماخلى الوجه والكفين ، وذهب أبو حنيفة إلى أن قدمها ليست بعورة ، وذهب أبو بكر بن عبد الرحمن وأحمد إلى أن المرأة كلها عورة . وسبب الخلاف فى ذلك احتمال قوله تعالى - ولا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ ما ظَهَرَ مِنْها - هل هذا المستثنى المقصود منه أعضاء محدودة ، أم إنما المقصود به ما لا يملك ظهوره ؟ فمن ذهب إلى أن المقصود من ذلك ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال : بدنها كله عورة حتى ظهرها ، واحتج لذلك بعموم قوله تعالى - يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لأَزْواجِكَ وَبَناتِكَ ونِساءِ المُؤْمِنِينَ - الآية ، ومن رأى أن المقصود من ذلك ما جرت به العادة بأنه لا يستر ، وهو الوجه والكفان ذهب إلى أنهما ليسا بعورة واحتج لذلك بأن المرأة ليست تستر وجهها فى الحج .

الفصل الثانى من الباب الرابع فيما يجزئ فى اللباس فى الصلاة

أما اللباس فالأصل فيه قوله تعالى - خُذُوا زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ - والنهى الوارد عن هيئات بعض الملابس فى الصلاة ، وذلك أنهم اتفقوا فيما أحسب على أن الهيئات من اللباس التى نهى عن الصلاة فيها مثل اشتمال الصماء ، وهو أن يحتبى الرجل فى ثوب واحد ليس على عاتقه منه شىء ، وأن يحتبى الرجل فى ثوب واحد ليس على فرجه منه شىء ، وسائر ما ورد من ذلك أن ذلك كله سد ذريعة ألا تنكشف عورته ، ولا أعلم أن أحداً قال لا تجوز صلاة على إحدى هذه الهيئات إن لم تنكشف عورته ، وقد كان على أصول أهل الظاهر يجب ذلك واتفقوا على أنه يجزئ الرجل من اللباس فى الصلاة الثوب الواحد ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « وقد سئل أيصلى الرجل فى الثوب الواحد ؟ فقال « أو لِكُلِّكُمْ ثَوْبانِ ؟ » واختلفوا فى الرجل يصلى مكشوف الظهر والبطن ، فالجمهور على جواز

صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليسا بعورة ، وشذ قوم فقالوا : لاتجوز صلاته لنهيه صلى الله عليه وسلم أن يصلى الرجل فى الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شىء ، وتمسك بوجوب قوله تعالى ـ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ ـ واتفق الجمهور على أن اللباس المجزئ للمرأة فى الصلاة هو درع وخمار، لما روى عن أم سلمة « أنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما ذا تصلى فيه المرأة ؟ فقال : فى الخِمارِ والدِّرْعِ السَّابِغِ إذَا غَيَّبَتْ ظُهُورَ قَدَمَيْها »ولما روى أيضا عن عائشة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « لايَقْبَلُ اللهَ صَلاةَ حائِضٍ إلاَّ بِخِمارٍ » وهو مروى عن عائشة وميمونة وأم سلمة أنهم كانوا يفتون بذلك وكل هؤلاء يقولون إنها إن صلت مكشوفة أعادت فى الوقت وبعده ، إلا مالكا فإنه قال : إنها تعيد فى الوقت فقط . والجمهور على أن الخادم لها أن تصلى مكشوفة الرأس والقدمين ، وكان الحسن البصرى يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء . وسبب الخلاف الخطاب المتوجه إلى الجنس الواحد هل يتناول الأحرار والعبيد معا أم الأحرار فقط دون العبيد ؟واختلفوا فى صلاة الرجل فى الثوب الحرير فقال قوم : تجوز صلاته فيه . وقال قوم : لاتجوز . وقوم استحبوا له الإعادة فى الوقت . وسبب اختلافهم فى ذلك هل الشئ المنهى عنه مطلقا اجتنابه شرط فى صحة الصلاة أم لا ؟ فمن ذهب إلى أنه شرط : قال إن الصلاة لاتجوز به ، ومن ذهب إلى أنه يكون بلباسه مأثوما والصلاة جائزة قال : ليس شرطاً فى صحة الصلاة كالطهارة التى هى شرط ، وهذه المسئلة هى من نوع الصلاة فى الدار المغصوبة والخلاف فيها مشهور .

الباب الخامس

وأما الطهارة من النجس فمن قال إنها سنة مؤكدة فيبعد أن يقول إنها فرض فى الصلاة أى من شروط صحتها . ومن قال إنها فرض بإطلاق فيجوز أن يقول إنها فرض فى الصلاة ، ويجوز أن لايقول ذلك ؛ وحكى عبد الوهاب عن المذهب فى ذلك قولين : أحدهما أن إزالة النجاسة شرط فى صحة الصلاة

فى حال القدرة والذكر ، والقول الآخر إنها ليست شرطا . والذى حكاه من أنها شرط لايتخرج على مشهور المذهب من أن غسل النجاسة سنة مؤكدة ، وإنما يتخرج على القول بأنها فرض مع الذكر والقدرة ، وقد مضت هذه المسئلة فى كتاب الطهارة ، وعرف هنالك أسباب الخلاف فيها ، وإنما الذى يتعلق به ههنا الكلام من ذلك : هل ماهو فرض مطلق مما يقع فى الصلاة يجب أن يكون فرضا فى الصلاة أم لا؟ والحق أن الشىء المأمور به على الإطلاق لايجب أن يكون شرطا فى صحة شىء مَّا (آخر مأمور به ، وإن وقع فيه إلا بأمر آخر ، وكذلك الأمر فى الشىء المنهى عنه على الإطلاق لايجب أن يكون شرطا فى صحة شىء مَّا) [1] إلا بأمر آخر .

الباب السادس

وأما المواضع التى يصلى فيها ، فإن من الناس من أجاز الصلاة فى كل موضع لاتكون فيه نجاسة . ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع : المزبلة ، والمجزرة والمقبرة ، وقارعة الطريق ، والحمام ، ومعاطن الإبل ، وفوق ظهر بيت الله. ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ، ومنهم من استثنى المقبرة والحمام . ومنهم من كره الصلاة فى هذه المواضع المنهى عنها ولم يبطلها وهو أحد ما روى عن مالك ، وقد روى عنه الجواز ، وهذه رواية ابن القاسم . وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار فى هذا الباب ، وذلك أن ههنا حديثين متفق على صحتهما وحديثين مختلف فيهما . فأما المتفق عليهما فقوله عليه الصلاة والسلام « أُعْطِيتُ خَمْسًا لَمْ يُعْطَهُنَّ أحَدٌ قَبْلِي ، وذكر فيها : وجُعِلَتْ لِيَ الأَرْضُ مَسْجِدًا وَطَهُورًا فأيْنَمَا أدْرَكَتْنِي الصَّلاةُ صَلَّيْتُ » وقوله عليه الصلاة والسلام « اجْعَلُوا مِنْ صَلاتِكُمْ فى بُيُوتِكُمْ ولا تَتَّخِذُوها قُبُورًا » وأما الغير المتفق عليهما فأحدهما ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يصلى فى سبعة مواطن : فى المزبلة ، والمجزرة ، والمقبرة ، وقارعة

---

(١) ما بين القوسين غير موجود بالنسخة المصرية ، لكنه مثبت فى النسخة الفاسية اهـ .

الطريق ، وفى الحمام وفى معاطن الإبل ؛ وفوق ظهر بيت الله » خرجه الترمذى . والثانى ماروى أنه قال عليه الصلاة والسلام « صَلُّوا فى مَرَابِضِ الغَنَمِ ولاتُصَلُّوا فى أعْطَانِ الإبِلِ » فذهب الناس فى هذه الأحاديث ثلاثة مذاهب : أحدها مذهب الترجيح والنسخ ، والثانى مذهب البناء : أعنى بناء الخاص على العام ، والثالث مذهب الجمع . فأما من ذهب مذهب الترجيح والنسخ فأخذ بالحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « جعلت لى الأرض مسجدا وطهورا » وقال هذا ناسخ لغيره ، لأن هذه هى فضائل له عليه الصلاة والسلام ، وذلك مما لايجوز نسخه . وأما من ذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال : حديث الإباحة عام ، وحديث النهى خاص ؛ فيجب أن يبنى الخاص على العام . فمن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع . ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة وقال : هذا هو الثابت عنه عليه الصلاة والسلام لأنه قد روى أيضا النهى عنهما مفردين . ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم . وأما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصا من عام فقال أحاديث النهى محمولة على الكراهة ، والأول على الجواز . واختلفوا فى الصلاة فى البيع والكنائس ، فكرهها قوم ، وأجازها قوم ، وفرق قوم بين أن يكون فيها صور أو لا يكون ، وهو مذهب ابن عباس لقول عمر : لاتدخل كنائسهم من أجل التماثيل ، والعلة فيمن كرهها لا من أجل التصاوير ، حملها على النجاسة . واتفقوا على الصلاة على الأرض ، واختلفوا فى الصلاة على الطنافس وغير ذلك مما يقعد عليه على الأرض ، والجمهور على إباحة السجود على الحصير وما يشبهه مما تنبت الأرض ، والكراهية بعد ذلك ، وهو مذهب مالك بن أنس .

الباب السابع

فى معرفة الشروط التى هى شروط فى صحة الصلاة

وأما التروك المشترطة فى الصلاة ، فاتفق المسلمون على أن منها قولا ، ومنها

(١) لايخفى ما فى هذه العبارة فتدبر .

فعلا . فأما الأفعال فجميع الأفعال المباحة التى ليست من أفعال الصلاة ، إلا قتل العقرب والحية فى الصلاة ، فإنهم اختلفوا فى ذلك لمعارضة الأثر فى ذلك للقياس ، واتفقوا فيما أحسب على جواز الفعل الخفيف . وأما الأقوال فهى أيضا الأقوال التى ليست من أقاويل الصلاة ، وهذه أيضا لم يختلفوا أنها تفسد الصلاة عمدا لقوله تعالى ـ وَقُومُوا لله قانتِينَ ـ ولما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام « إنَّ اللهَ يُحْدِثُ مِنْ أَمْرِهِ مايَشاءُ » ومما أحدث أن لاتكلموا فى الصلاة ، وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن أرقم أنه قال « كنا نتكلم فى الصلاة حتى نزلت ـ وقوموا لله قانتين ـ فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام » وحديث معاوية بن الحكم السلمى : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إنَّ صَلاتَنا لايَصْلُحُ فِيها شَيْءٌ مِن كَلامِ النَّاسِ إنَّمَا هُوَ التَّسْبِيحُ والتَّهْلِيلُ والتَّحْمِيدُ وقِرَاءةُ القُرْآنِ » إلا أنهم اختلفوا من ذلك فى موضعين : أحدهما إذا تكلم ساهيا ، والآخر إذا تكلم عامدا لإصلاح الصلاة . وشذ الأوزاعى فقال : من تكلم فى الصلاة لإحياء نفس أو لأمر كبير ، فإنه يبنى . والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمدا على جهة الإصلاح لايفسدها . وقال الشافعى : يفسدها التكلم كيف كان إلا مع النسيان . وقال أبو حنيفة : يفسدها التكلم كيف كان . والسبب فى اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث فى ذلك ، وذلك أن الأحاديث المتقدمة تقتضى تحريم الكلام على العموم ، وحديث أبى هريرة المشهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من اثنتين ، فقال له ذو اليدين : أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَصَدَقَ ذُو اليَدَيْنِ ؟ فقالوا : نعم ، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين أخريين ثم سلم » ظاهره أن النبى صلى الله عليه وسلم تكلم والناس معه ، وأنهم بنوا بعد التكلم ، ولم يقطع ذلك التكلم صلاتهم ، فمن أخذ بهذا الظاهر ، ورأى أن هذا شىء يخص الكلام لإصلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم ، وهو مذهب مالك بن أنس ، ومن ذهب إلى أنه ليس فى الحديث دليل على أنهم تكلموا عمدا فى الصلاة وإنما يظهر منهم أنهم تكلموا وهم يظنون

أن الصلاة قد قصرت ، وتكلم النبيّ عليه الصلاة والسلام وهو يظن أنّ الصلاة قد تمت ، ولم يصح عنده أن الناس قد تكلموا بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « ما قصرت الصلاة ومانسيت» قال : إن المفهوم من الحديث إنما هو إجازة الكلام لغير العامد ، فإذا السبب فى اختلاف مالك والشافعى فى المستثنى من ذلك العموم هو اختلافهم فى مفهوم هذا الحديث مع أن الشافعى اعتمد أيضا فى ذلك أصلا عاما ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِى الخَطأُ والنِّسْيانُ » وأما أبو حنيفة فحمل أحاديث النهى على عمومها ، ورأى أنها ناسخة لحديث ذى اليدين وأنه متقدم عليها .

الباب الثامن

فى معرفة النية وكيفية اشتراطها فى الصلاة

وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطا فى صحة الصلاة لكون الصلاة هى رأس العبادات التى وردت فى الشرع لغير مصلحة معقولة : أعنى من المصالح المحسوسة ، واختلفوا هل من شرط نية المأموم أن توافق نية الإمام فى تعيين الصلاة وفى الوجوب حتى لايجوز أن يصلى المأموم ظهرا بإمام يصلى عصرا ؟ ولا يجوز أن يصلى الإمام ظهرا يكون فى حقه نفلا ، وفى حق المأموم فرضا ؟ فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه يجب أن توافق نية المأموم نية الإمام ، وذهب الشافعى إلى أنه ليس يجب . والسبب فى اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « إِنَّمَا جُعِلَ الإمامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ » لما جاء فى حديث معاذ من أنه كان يصلى مع النبى صلى الله عليه وسلم ثم يصلى بقومه ، فمن رأى ذلك خاصا لمعاذ ، وأن عموم قوله عليه الصلاة والسلام « إنما جعل الإمام ليؤتم به » يتناول النية اشترط موافقة الإمام للمأموم . ومن رأى أن الإباحة لمعاذ فى ذلك هى إباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الأصل قال : لا يخلو الأمر فى ذلك الحديث الثانى من أحد أمرين : إما أن يكون ذلك العموم الذى فيه لايتناول النية لأن ظاهره إنما هو فى الأفعال ، فلا يكون بهذا الوجه معارضا لحديث معاذ ، وإما أن يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خصص فى ذلك

العموم . وفى النية مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها إذ كان غرضنا على القصد الأول إنما هو الكلام فى المسائل التى تتعلق بالمنطوق به من الشرع .

(الجملة الثالثة من كتاب الصلاة) وهى معرفة ما تشتمل عليه من الأقوال والأفعال ، وهى الأركان والصلوات المفروضة تختلف فى هذين بالزيادة والنقصان ، إما من قبل الانفراد والجماعة ، وإما من قبل الزمان ، مثل مخالفة ظهر الجمعة لظهر سائر الأيام ، وإما من قبل الحضر والسفر ، وإما من قبل الأمن والخوف ، وإما من قبل الصحة والمرض ، فإذا أريد أن يكون القول فى هذه صناعيا وجاريا على نظام فيجب أن يقال أولا فيما تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها ، أو يقال فى واحدة واحدة منها وهو الأسهل وإن كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار ما ، وهو الذى سلكه الفقهاء ونحن نتبعهم فى ذلك ، فنجعل هذه الجملة منقسمة إلى ستة أبواب . الباب الأول : فى صلاة المنفرد الحاضر الآمن الصحيح . الباب الثانى : فى صلاة الجماعة : أعنى فى أحكام الإمام والمأموم فى الصلاة . الباب الثالث : فى صلاة الجمعة . الباب الرابع : فى صلاة السفر . الباب الخامس : فى صلاة الخوف . الباب السادس : فى صلاة المريض .

الباب الأول فى صلاة المنفرد الحاضر الآمن الصحيح

وهذا الباب فيه فصلان : الفصل الأول : فى أقوال الصلاة . والفصل الثانى : فى أفعال الصلاة .

الفصل الأول فى أقوال الصلاة

وفى هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل :

(المسئلة الأولى) اختلف العلماء فى التكبير على ثلاثة مذاهب : فقوم قالوا : إن التكبير كله واجب فى الصلاة . وقوم قالوا : إنه كله ليس بواجب وهو شاذ . وقوم أوجبوا تكبيرة الإحرام فقط ، وهم الجمهور . وسبب اختلاف من أوجبه كله ومن أوجب منه تكبيرة الإحرام فقط : معارضة ما نقل من قوله

لما نقل من فعله عليه الصلاة والسلام . فأما ما نقل من قوله فحديث أبي هريرة المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل الذي علمه الصلاة « إِذَا أَرَدْتَ الصَّلَاةَ فَأَسْبِغِ الْوُضُوءَ ثُمَّ اسْتَقْبِلِ الْقِبْلَةَ ثُمَّ كَبِّرْ ثُمَّ اقْرَأْ » فمفهوم هذا هو أن التكبيرة الأولى هي الفرض فقط ، ولو كان ما عدا ذلك من التكبير فرضا لذكره له كما ذكر سائر فروض الصلاة .

وأما ما نقل من فعله فمنها حديث أبي هريرة « أنه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع ، ثم يقول : إني لأشبهكم صلاة بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم » ومنها حديث مطرف بن عبد الله بن الشِّخِّير قال « صليت أنا وعمران بن الحصين خلف علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، فكان إذا سجد كبر ، وإذا رفع رأسه من الركوع كبر ، فلما قضى صلاته وانصرفنا أخذ عمران بيده ، فقال : أذكرني هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم » فالقائلون بإيجابه تمسكوا بهذا العمل المنقول في هذه الأحاديث وقالوا : الأصل أن تكون كل أفعاله التي أتت بيانا لواجب ، محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم « صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي » و« خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ » وقالت الفرقة الأولى ما في هذه الآثار يدل على أن العمل عند الصحابة إنما كان على إتمام التكبير ولذلك كان أبو هريرة يقول : إني لأشبهكم صلاة بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال عمران : أذكرني هذا بصلاته صلاة محمد صلى الله عليه وسلم .

وأما من جعل التكبير كله نفلا فضعيف ، ولعله قاسه على سائر الأذكار التي في الصلاة مما ليست بواجب ، إذ قاس تكبيرة الإحرام على سائر التكبيرات .

قال أبو عمر بن عبد البر : ومما يؤيد مذهب الجمهور ما رواه شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه قال : صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير ، وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير . وما رواه أحمد بن حنبل عن عمر رضي الله عنه أنه كان لا يكبر إذا صلى وحده ، وكأن هؤلاء رأوا أن التكبير إنما هو لمكان إشعار الإمام للمأمومين بقيامه وقعوده ، ويشبه أن يكون إلى هذا ذهب من رآه كله نفلا .

(المسئلة الثانية) قال مالك : لايجزئ من لفظ التكبير إلا الله أكبر . وقال الشافعي : الله أكبر والله الأكبر اللفظان كلاهما يجزئ . وقال أبوحنيفة : يجزئ من لفظ التكبير كل لفظ فى معناه مثل : الله الأعظم ، والله الأجل . وسبب اختلافهم : هل اللفظ هو المتعبد به فى الافتتاح أو المعنى ، وقد استدل المالكيون والشافعيون بقوله عليه الصلاة والسلام « مِفْتَاحُ الصَّلَاةِ الطُّهُورُ ، وَتَحْرِيمُهَا التَّكْبِيرُ ، وَتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ » قالوا : والألف واللام ههنا للحصر ، والحصر يدل على أن الحكم خاص بالمنطوق به ، وأنه لايجوز بغيره ، وليس يوافقهم أبوحنيفة على هذا الأصل ، فإن هذا المفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب ، وهو أن يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به ، ودليل الخطاب عند أبى حنيفة غير معمول به .

(المسئلة الثالثة) ذهب قوم إلى أن التوجيه فى الصلاة واجب ، وهو أن يقول بعد التكبير : إما - وجهت وجهى للذى فطر السموات والأرض - وهو مذهب الشافعى ، وإما أن يسبح وهو مذهب أبى حنيفة ، وإما أن يجمع بينهما وهو مذهب أبى يوسف صاحبه . وقال مالك ليس التوجيه بواجب فى الصلاة ولا بسنة . وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه للعمل عند مالك ، أو الاختلاف فى صحة الآثار الواردة بذلك . قال القاضى : قد ثبت فى الصحيحين عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة إسكاتة ، قال : فقلت : يا رسول الله بأبى أنت وأمى : إسكاتك بين التكبير والقراءة ما تقول ؟ : قال أقول : اللَّهُمَّ بَاعِدْ بَيْنِي وَبَيْنَ خَطَايَايَ كَمَا بَاعَدْتَ بَيْنَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ ، اللَّهُمَّ نَقِّنِي مِنَ الْخَطَايَا كَمَا يُنَقَّى الثَّوْبُ الْأَبْيَضُ مِنَ الدَّنَسِ ، اللَّهُمَّ اغْسِلْ خَطَايَايَ بِالْمَاءِ وَالثَّلْجِ وَالْبَرَدِ » وقد ذهب قوم إلى استحسان سكتات كثيرة فى الصلاة ، منها حين يكبر ، ومنها حين يفرغ من قراءة أم القرآن وإذا فرغ من القراءة قبل الركوع ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو ثور والأوزاعى ، وأنكر ذلك مالك وأصحابه وأبوحنيفة وأصحابه . وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث أبى هريرة أنه قال « كانت له عليه الصلاة والسلام

فى صلاته حين يكبر ويفتتح الصلاة وحين يقرأ فاتحة الكتاب ، وإذا فرغ من القراءة قبل الركوع .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا فى قراءة بسم الله الرحمن الرحيم فى افتتاح القراءة فى الصلاة ، فمنع ذلك مالك فى الصلاة المكتوبة جهرا كانت أو سرا ، لا فى استفتاح أم القرآن ولا فى غيرها من السور ، وأجاز ذلك فى النافلة . وقال أبو حنيفة والثورى وأحمد يقرؤها مع أم القرآن فى كل ركعة سرا . وقال الشافعى : يقرؤها ولا بد فى الجهر جهرا وفى السر سرا ، وهى عنده آية من فاتحة الكتاب ، وبه قال أحمد وأبو ثور وأبو عبيد . واختلف قول الشافعى هل هى آية من كل سورة ؟ أم إنما هى آية من سورة النمل فقط ، ومن فاتحة الكتاب ؟ فروى عنه القولان جميعا . وسبب الخلاف فى هذا آيل إلى شيئين : أحدهما اختلاف الآثار فى هذا الباب ، والثانى اختلافهم : هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب أم لا ؟ فأما الآثار التى احتج بها من أسقط ذلك فمنها حديث ابن مغفل قال « سمعنى أبى وأنا أقرأ بسم الله الرحمن الرحيم ، فقال : يا بنى إياك والحدث ، فإنى صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فلم أسمع رجلا منهم يقرؤها » قال أبو عمر بن عبد البر : ابن مغفل رجل مجهول . ومنها ما رواه مالك من حديث أنس أنه قال : « قمت وراء أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم ، فكلهم كان لا يقرأ بسم الله إذا افتتحوا الصلاة » قال أبو عمر : وفى بعض الروايات أنه قال : « خلف النبى صلى الله عليه وسلم فكان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم » قال أبو عمر : إلا أن أهل الحديث قالوا فى حديث أنس هذا : إن النقل فيه مضطرب اضطرابا لا تقوم به حجة ، وذلك أن مرة روى عنه مرفوعا إلى النبى صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع ، ومنهم من يذكر عثمان ومن لا يذكره ، ومنهم من يقول : فكانوا يقرءون بسم الله الرحمن الرحيم ، ومنهم من يقول : فكانوا لا يقرءون بسم الله الرحمن الرحيم . ومنهم من يقول : فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم ، و أما الأحاديث المعارضة لهذا ، فمنها حديث نعيم بن عبد الله المجمر قال : صليت خلف أبى هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم

قبل أم القرآن وقبل السورة وكبر فى الخفض والرفع وقال : أنا أشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومنها حديث ابن عباس « أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم » ومنها حديث أم سلمة أنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ ببسم الله الرحمن الرحيم . الحمد لله رب العالمين » فاختلاف هذه الآثار أحد ما أوجب اختلافهم فى قراءة بسم الله الرحمن الرحيم فى الصلاة . والسبب الثانى كما قلنا هو : هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من أم الكتاب وحدها أو من كل سورة أم ليست آية لا من أم الكتاب ولا من كل سورة ؟ فمن رأى أنها آية من أم الكتاب أوجب قراءتها بوجوب قراءة أم الكتاب عنده فى الصلاة ، ومن رأى أنها آية من أول كل سورة وجب عنده أن يقرأها مع السورة . وهذه المسئلة قد كثر الاختلاف فيها والمسئلة محتملة ، ولكن من أعجب ما وقع فى هذه المسئلة أنهم يقولون: ربما اختلف فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من القرآن فى غير سورة النمل ؟ أم إنما هى آية من القرآن فى سورة النمل فقط ؟ ويحكون على جهة الرد على الشافعى أنها لو كانت من القرآن فى غير سورة النمل لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن القرآن نقل تواترا . هذا الذى قاله القاضى فى الرد على الشافعى وظن أنه قاطع وأما أبو حامد فانتصر لهذا بأن قال إنه أيضا لو كانت من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبين ذلك ، وهذا كله تخبط وشىء غير مفهوم ، فإنه كيف يجوز فى الآية الواحدة بعينها أن يقال فيها إنها من القرآن فى موضع وإنها ليست من القرآن فى موضع آخر ، بل يقال إن بسم الله الرحمن الرحيم قد ثبت أنها من القرآن حيثما ذكرت ، وأنها آية من سورة النمل ، وهل هى آية من سورة أم القرآن ومن كل سورة يستفتح بها ، مختلف فيه ، والمسئلة محتملة ، وذلك أنها فى سائر السور فاتحة ، وهى جزء من سورة النمل ، فتأمل هذا فإنه بين ، والله أعلم .

(المسئلة الخامسة) اتفق العلماء على أنه لا تجوز صلاة بغير قراءة لا عمدا ولا سهوا ، إلا شيئا روى عن عمر رضى الله عنه أنه صلى فنسى القراءة ، فقيل له فى ذلك ، فقال : كيف كان الركوع والسجود ؟ فقيل حسن ، فقال : لا بأس إذا . وهو حديث غريب عندهم . أدخله مالك فى موطئه فى بعض الروايات

وإلا شيئا روى عن ابن عباس أنه لايقرأ فى صلاة السر وأنه قال « قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلوات وسكت فى أخرى » فنقرأ فيما قرأ ونسكت فيما سكت . وسئل هل فى الظهر والعصر قراءة ؟ فقال : لا . وأخذ الجمهور بحديث خباب « أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الظهر والعصر ، قيل فبأى شيء كنتم تعرفون ذلك ؟ قال : باضطراب لحيته » وتعلق الكوفيون بحديث ابن عباس فى ترك وجوب القراءة فى الركعتين الأخيرتين من الصلاة لاستواء صلاة الجهر والسر فى سكوت النبى صلى الله عليه وسلم فى هاتين الركعتين . واختلفوا فى القراءة الواجبة فى الصلاة ، فرأى بعضهم أن الواجب من ذلك أم القرآن لمن حفظها ، وأن ما عداها ليس فيه توقيت ، ومن هؤلاء من أوجبها فى كل ركعة ، ومنهم من أوجبها فى أكثر الصلاة ، ومنهم من أوجبها فى نصف الصلاة ، ومنهم من أوجبها فى ركعة من الصلاة ، وبالأول قال الشافعى ، وهى أشهر الروايات عن مالك ، وقد روى عنه أنه إن قرأها فى ركعتين من الرباعية أجزأته . وأما من رأى أنها تجزئ فى ركعة ، فمنهم الحسن البصرى وكثير من فقهاء البصرة . وأما أبو حنيفة فالواجب عنده إنما هو قراءة القرآن أى آية اتفقت أن تقرأ ، وحد أصحابه فى ذلك ثلاث آيات قصار أو آية طويلة مثل آية الدَّيْن ، وهذا فى الركعتين الأوليين . وأما فى الأخيرتين فيستحب عنده التسبيح فيهما دون القراءة ، وبه قال الكوفيون . والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها . والسبب فى هذا الاختلاف تعارض الآثار فى هذا الباب ، ومعارضة ظاهر الكتاب للأثر . أما الآثار المتعارضة فى ذلك ، فأحدها حديث أبى هريرة الثابت « أن رجلا دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على النبى صلى الله عليه وسلم ، فرد عليه النبى صلى الله عليه وسلم السلام وقال : ارْجِعْ فَصَلِّ فإنَّكَ لمْ تُصَلِّ ، فصلى ثم جاء فأمره بالرجوع ، فعل ذلك ثلاث مرات ، فقال : والذى بعثك بالحق ما أحسن غيره ، فقال عليه الصلاة والسلام : إذَا قُمْتَ إلى الصَّلاةِ فأسْبِغِ الوضُوءَ ثُمَّ اسْتَقْبِلِ القِبْلَةَ فَكَبِّر ، ثُمَّ اقْرَأ ما تَيَسَّرَ مَعَكَ مِنَ القُرآنِ ، ثُمَّ ارْكَعْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ رَاكِعا ، ثُمَّ ارْفَعْ حَتَّى تَعْتَدِلَ قائما ، ثُمَّ اسْجُدْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ

ساجداً ، ثُمَّ ارْفَعْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ جالِساً ، ثُمَّ اسْجُدْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ ساجِداً ، ثُمَّ ارْفَعْ حَتَّى تَسْتَوِىَ قائِماً ، ثُمَّ افْعَلْ ذلِكَ فى صَلاتِكَ كُلِّها » وأما المعارض لهذا فحديثان ثابتان متفق عليهما : أحدهما حديث عبادة بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال « لاصَلاةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ بِفاتِحَةِ الكِتابِ» وحديث أبى هريرة أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ صَلَّى صَلاةً لَمْ يَقْرَأْ فِيها بِأُمِّ القُرْآنِ فَهِىَ خِداجٌ ، فَهِىَ خِداجٌ ، فَهِىَ خِداجٌ ثَلاثا »وحديث أبى هريرة المتقدم ظاهره أنه يجزئ من القراءة فى الصلاة ما تيسر من القرآن ، وحديث عبادة وحديث أبى هريرة الثانى يقتضيان أن أم القرآن شرط فى الصلاة ، وظاهر قوله تعالى ـ فاقْرَءُوا ما تَيَسَّرَ مِنْهُ ـ يعضد حديث أبى هريرة المتقدم ، والعلماء المختلفون فى هذه المسئلة إما أن يكونوا ذهبوا فى تأويل هذه الأحاديث مذهب الجمع ، وإما أن يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح ، وعلى كلا القولين يتصور هذا المعنى ، وذلك أنه من ذهب مذهب من أوجب قراءة ما تيسر من القرآن له أن يقول هذا أرجح ، لأن ظاهر الكتاب يوافقه ، وله أن يقول على طريق الجمع أنه يمكن أن يكون حديث عبادة المقصود به نفى الكمال لانفى الإجزاء ، وحديث أبى هريرة المقصود منه الإعلام بالمجزئ من القراءة ، إذا كان المقصود منه تعليم فرائض الصلاة ، ولأولئك أيضا أن يذهبوا هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الأحاديث أوضح لأنها أكثر ، وأيضا فإن حديث أبى هريرة المشهور يعضده ، وهو الحديث الذى فيه يقول الله تعالى « قَسَمْتُ الصَّلاةَ بَيْنِى وَبَيْنَ عَبْدِى نِصْفَيْنِ : نِصْفُها لِى وَنِصْفُها لِعَبْدِى وَلِعَبْدِى ماسأَلَ ، يَقُولُ العَبْدُ الحَمْدُ لله رَبِّ العالَمِينَ ، يَقُولُ اللهُ حَمِدَنِى عَبْدِى » الحديث ، ولهم أن يقولوا أيضا إن قوله عليه الصلاة والسلام « ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن » مبهم والأحاديث الأخر معينة ، والمعين يقضى على المبهم ، وهذا فيه عسر ، فإن معنى حرف « ما » ههنا إنما هو معنى أى شىء تيسر ، وإنما يسوغ هذا إن دلت «ما» فى كلام العرب على ما تدل عليه لام العهد ، فكان يكون تقدير الكلام : اقرأ الذى تيسر معك من القرآن.

ويكون المفهوم منه أم الكتاب ، إذا كانت الألف واللام فى الذى تدل على العهد ، فينبغى أن يتأمل هذا فى كلام العرب ، فإن وجدت العرب تفعل هذا أعنى تتجوز فى موطن مّا ، فتدل بما على شىء معين فليسغ هذا التأويل ، وإلا فلا وجه له ، فالمسئلة كما ترى محتملة ، وإنما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ . وأما اختلاف من أوجب أم الكتاب فى الصلاة فى كل ركعة أو فى بعض الصلاة فسببه احتمال عودة الضمير الذى فى قوله عليه الصلاة والسلام « لم يقرأ فيها بأم القرآن » على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها ، وذلك أن من قرأ فى الكل منها أو فى الجزء : أعنى فى ركعة أو ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام « لم يقرأ فيها » وهذا الاحتمال بعينه هو الذى أصار أباحنيفة إلى أن يترك القراءة أيضا فى بعض الصلاة : أعنى فى الركعتين الأخيرتين ، واختار مالك أن يقرأ فى الركعتين الأوليين من الرباعية بالحمد وسورة ، وفى الأخيرتين بالحمد فقط ، فاختار الشافعى أن تقرأ فى الأربع من الظهر بالحمد وسورة إلا أن السورة التى تقرأ فى الأوليين تكون أطول ؛ فذهب مالك إلى حديث أبى قتادة الثابت « أنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الأوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة ، وفى الأخريين منها بفاتحة الكتاب فقط . وذهب الشافعى إلى ظاهر حديث أبى سعيد الثابت أيضا أنه كان يقرأ فى الركعتين الأوليين من الظهر قدر ثلاثين آية ، وفى الأخريين قدر خمس عشرة آية ، ولم يختلفوا فى العصر لاتفاق الحديثين فيها ، وذلك أن فى حديث أبى سعيد هذا « أنه كان يقرأ فى الأوليين من العصر قدر خمس عشرة آية ؛ وفى الأخريين قدر النصف من ذلك » .

(المسئلة السادسة) اتفق الجمهور على منع قراءة القرآن فى الركوع والسجود لحديث على فى ذلك قال « نَهانى جِبْرِيلُ صلى الله عليه وسلم أنْ أقْرأَ القُرآنَ رَاكِعاً وساجِداً » قال الطبرى : وهو حديث صحيح ، وبه أخذ فقهاء الأمصار ، وصار قوم من التابعين إلى جواز ذلك ، وهو مذهب البخارى ، لأنه لم يصح الحديث عنده ، والله أعلم . واختلفوا : هل الركوع والسجود قول محدود يقوله المصلى أم لا؟ فقال مالك : ليس فى ذلك قول محدود . وذهب الشافعى وأبوحنيفة وأحمد وجماعة غيرهم إلى أن المصلى يقول فى ركوعه : سبحان ربى العظيم ثلاثا ، وفى السجود سبحان ربى الأعلى ثلاثا على ما جاء فى حديث

عقبة بن عامر . وقال الثورى : أحب إلى أنّ يقولها الإمام خمسا فى صلاته حتى يدرك الذى خلفه ثلاثة تسبيحات . والسبب فى هذا الاختلاف معارضة حديث ابن عباس فى هذا الباب لحديث عقبة بن عامر ، وذلك أن فى حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال « ألا وإنى نُهيتُ أنْ أقرأ القُرآنَ رَاكِعا أوْ ساجِدًا ، فأمَّا الرُّكوعُ فعظِّمُوا فِيهِ الرَّبَّ ، وأمَّا السُّجودُ فاجْتَهِدُوا فيه فى الدُّعاءِ فَقَمِنٌ أنْ يُسْتَجابَ لَكُمْ » وفى حديث عقبة ابن عامر أنه قال « لما نزلت فَسَبِّحْ باسْمِ رَبِّكَ العَظِيمِ قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : اجْعَلُوها فى رُكُوعِكُمْ ، ولما نزلت سَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الأعْلَى قال . اجْعَلُوها فى سُجُودِكُمْ » وكذلك اختلفوا فى الدعاء فى الركوع بعد اتفاقهم على جواز الثناء على الله ، فكره ذلك مالك لحديث علىّ أنه قال عليه الصلاة والسلام : « أما الركوع فعظموا فيه الرب ، وأما السجود فاجتهدوا فيه فى الدعاء » وقالت طائفة يجوز الدعاء فى الركوع ، واحتجوا بأحاديث جاء فيها أنه عليه الصلاة والسلام دعا فى الركوع وهو مذهب البخارى ، واحتج بحديث عائشة قالت «كان النبى عليه الصلاة والسلام يقول فى ركوعه وسجوده : سُبْحانَكَ اللَّهُمَّ رَبَّنا وبِحَمْدِكَ اللَّهُمَّ اغْفِرْلى » وأبو حنيفة لايجيز الدعاء فى الصلاة بغير ألفاظ القرآن[1] ، ومالك والشافعى يجيزان ذلك . والسبب فى ذلك اختلافهم فيه ، هل هو كلام أم لا ؟ .

(المسئلة السابعة) اختلفوا فى وجوب التشهد وفى المختار منه ، فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة إلى أن التشهد ليس بواجب ، وذهبت طائفة إلى وجوبه ، وبه قال الشافعى وأحمد وداود . وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الأثار ، وذلك أن القياس يقتضى إلحاقه بسائر الأركان التى ليست بواجبة فى الصلاة ، لاتفاقهم على وجوب القرآن ، وأن التشهد ليس بقرآن فيجب . وحديث ابن عباس أنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن » يقتضى وجوبه مع أن الأصل عند هؤلاء أن

---

(١) وكذا ما ورد من السنة اهـ مصححه .

أفعاله وأقواله فى الصلاة يجب أن تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك ، والأصل عند غيرهم على خلاف هذا ، وهو أن ما ثبت وجوبه فى الصلاة مما اتفق عليه أو صرح بوجوبه فلا يجب أن يلحق به إلا ماصرح به ونص عليه ، فهما كما ترى أصلان متعارضان . وأما المختار من التشهد ، فإن مالكا رحمه الله اختار تشهد عمر رضى الله عنه الذى كان يعلمه الناس على المنبر ، وهو : التحيات لله الزاكيات لله الطيبات الصلوات لله ، السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لاإله إلا الله وحده لاشريك له ، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله . واختار أهل الكوفة أبو حنيفة وغيره تشهد عبد الله بن مسعود . قال أبو عمر : وبه قال أحمد وأكثر أهل الحديث ، لثبوت نقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو : « التَّحِيَّاتُ لله والصَّلَوَاتُ والطَّيِّبَاتُ ، السَّلامُ عَلَيْكَ أيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللهِ وَبَرَكَاتُهُ ، السَّلامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللهِ الصَّالِحِينَ ، أشْهَدُ أنْ لَاإلَهَ إلاَّ اللهُ ، وأشْهَدُ أنَّ مُحَمَّداً عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ » واختار الشافعى وأصحابه تشهد عبد الله بن عباس الذى رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن ، فكان يقول « التَّحِيَّاتُ المُبَارَكَاتُ الصَّلَوَاتُ الطَّيِّبَاتُ لله ، سَلامٌ عَلَيْكَ أيهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللهِ وَبَرَكَاتُهُ سَلامٌ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللهِ الصَّالِحِينَ ، أشْهَدُ أنْ لاإلَهَ إلاَّ اللهُ وأنَّ مُحَمَّداً رَسُولُ اللهِ » وسبب اختلافهم اختلاف ظنونهم فى الأرجح منها ، فمن غلب على ظنه رجحان حديث مَّا من هذه الأحاديث الثلاثة مال إليه ، وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن هذا كله على التخيير كالأذان والتكبير على الجنائز وفى العيدين وفى غير ذلك مما تواتر نقله ، وهو الصواب والله أعلم . وقد اشترط الشافعى الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد وقال : إنها فرض لقوله تعالى - يا أيُّهَا الَّذِين آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ وسَلِّمُوا تَسْلِيماً - ذهب إلى أن هذا التسليم هو التسليم من الصلاة ، وذهب الجمهور

(١) نسبة هذا إلى الشافعى فيه نظر ، فتدبر اهـ مصححه .

إلى أنه التسليم الذى يؤتى به عقب الصلاة عليه ، وذهب قوم من أهل الظاهر إلى أنه واجب أن يتعوذ المتشهد من الأربع التى جاءت فى الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة المحيا والممات ، لأنه ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها فى آخر تشهده » وفى بعض طرقه « إِذَا فَرَغَ أَحَدُكُمْ مِنَ التَّشَهُّدِ الأَخِيرِ فَلْيَتَعَوَّذْ مِنْ أَرْبَعٍ » الحديث خرجه مسلم .

(المسئلة الثامنة) اختلفوا فى التسليم من الصلاة ، فقال الجمهور بوجوبه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليس بواجب ، والذين أوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والإمام تسليمة واحدة ، ومنهم من قال اثنتان ، فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث على ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه « وَتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ » ومن ذهب إلى أن الواجب من ذلك تسليمتان ، فلما ثبت من « أنه عليه الصلاة والسلام كان يسلم تسليمتين » وذلك عند من حمل فعله على الوجوب . واختار مالك للمأموم تسليمتين وللإمام واحدة ، وقد قيل عنه إن المأموم يسلم ثلاثا : الواحدة للتحليل ، والثانية للإمام ، والثالثة لمن هو عن يساره . وأما أبو حنيفة فذهب إلى ما رواه عبد الرحمن بن زياد الإفريقى أن عبد الرحمن بن رافع وبكر بن سوادة حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إِذَا جَلَسَ الرَّجُلُ فى آخر صَلاتِهِ فَأَحْدَثَ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَ فَقَدْ تَمَّتْ صَلاتُهُ » قال أبو عمر بن عبد البر : وحديث على المتقدم أثبت عند أهل النقل ، لأن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص انفرد به الإفريقى ، وهو عند أهل النقل ضعيف . قال القاضى : إن كان أثبت من طريق النقل فإنه محتمل من طريق اللفظ ، وذلك أنه ليس يدل على أن الخروج من الصلاة لايكون بغير التسليم إلا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند الأكثر ، ولكن للجمهور أن يقولوا إن الألف واللام التى للحصر أقوى من دليل الخطاب فى كون حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به .

(المسئلة التاسعة) اختلفوا فى القنوت ، فذهب مالك إلى أن القنوت فى صلاة

الصبح مستحب . وذهب الشافعي إلى أنه سنة ، وذهب أبو حنيفة إلى أنه لايجوز القنوت فى صلاة الصبح ، وأن القنوت إنما موضعه الوتر . وقال قوم : بل يقنت فى كل صلاة . وقال قوم : لاقنوت إلا فى رمضان . وقال قوم : بل فى النصف الأخير منه . وقال قوم : بل فى النصف الأول منه . والسبب فى ذلك اختلاف الآثار المنقولة فى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقياس بعض الصلوات فى ذلك على بعض : أعنى التى قنت فيها على التى لم يقنت فيها . قال أبو عمر بن عبد البر : والقنوت بلعن الكفرة فى رمضان مستفيض فى الصدر الأول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فى دعائه على رعل وذكوان ، والنفر الذين قتلوا أصحاب بئر معونة . وقال الليث بن سعد : ما قنتُ منذ أربعين عاما أو خمسة وأربعين عاما إلا وراء إمام يقنت . قال الليث : وأخذت فى ذلك بالحديث الذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قنت شهرا أو أربعين يدعو لقوم ويدعو على آخرين ، حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتبا - لَيْسَ لكَ مِنَ الأمْرِ شَيْءٌ أوْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ أوْ يُعَذِّبَهُمْ فإنَّهُمْ ظالِمُونَ - فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فما قنت بعدها حتى لقى الله ، قال : فمنذ حملت هذا الحديث لم أقنت . وهو مذهب يحيى بن يحيى . قال القاضى : ولقد حدثنى الأشياخ أنه كان العمل عليه بمسجده عندنا بقرطبة ، وأنه استمر إلى زماننا أو قريب من زماننا . وخرّج مسلم عن أبى هريرة « أن النبى عليه الصلاة والسلام قنت فى صلاة الصبح ، ثم بلغنا أنه ترك ذلك لما نزلت - ليس لك من الأمر شىء أو يتوب عليهم - وخرّج عن أبى هريرة أنه قنت فى الظهر والعشاء الأخيرة وصلاة الصبح . وخرج عنه عليه الصلاة والسلام « أنه قنت شهرا فى صلاة الصبح يدعو على بنى عصية » واختلفوا فيما يقنت به ، فاستحب مالك القنوت بـ « اللهم إنا نستعينك ونستغفرك ونستهديك ونؤمن بك ونخنع لك ونخلع ونترك من يكفرك ، اللهم إياك نعبد ولك نصلى ونسجد وإليك نسعى ونحفد ، نرجو رحمتك ونخاف عذابك إن عذابك بالكافرين ملحق » ويسميها أهل العراق السورتين ، ويروى أنها فى مصحف أبى بن كعب . وقال الشافعى وإسحاق : بلى يقنت « باللّهُمّ

اهْدِنا فيمَنْ هَدَيْتَ، وعافنا فيمَنْ عافَيْتَ، وَقِنا شَرَّ ما قَضَيْتَ، إنّكَ تَقْضِي ولا يُقْضَى عَلَيْكَ، تَبارَكْتَ رَبَّنا وَتَعالَيْتَ» وهذا يرويه الحسن بن على من طرق ثابتة أن النبى عليه الصلاة والسلام علمه هذا الدعاء يقنت به فى الصلاة . وقال عبد الله بن داود : من لم يقنت بالسورتين فلا يصلى خلفه . وقال قوم : ليس فى القنوت شىء موقوت .

الفصل الثانى
فى الأفعال التى هى أركان

وفى هذا الفصل من قواعد المسائل ثمانى مسائل :

(المسئلة الأولى) اختلف العلماء فى رفع اليدين فى الصلاة فى ثلاثة مواضع : أحدها فى حكمه . والثانى فى المواضع التى يرفع فيها من الصلاة . والثالث إلى أين ينتهى برفعها . فأما الحكم ، فذهب الجمهور إلى أنه سنة فى الصلاة ، وذهب داود وجماعة من أصحابه إلى أن ذلك فرض ، وهؤلاء انقسموا أقساما فمنهم من أوجب ذلك فى تكبيرة الإحرام فقط . ومنهم من أوجب ذلك فى الاستفتاح وعند الركوع : أعنى عند الانحطاط فيه وعند الارتفاع منه ، ومنهم من أوجب ذلك فى هذين الموضعين وعند السجود ، وذلك بحسب اختلافهم فى المواضع التى يرفع فيها . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أبى هريرة الذى فيه تعليم فرائض الصلاة لفعله عليه الصلاة والسلام ، وذلك أن حديث أبى هريرة إنما فيه أنه قال له وكبر ولم يأمره برفع يديه ، وثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر وغيره « أنه كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة » وأما اختلافهم فى المواضع التى ترفع فيها فذهب أهل الكوفة أبو حنيفة وسفيان الثورى وسائر فقهائهم إلى أنه لا يرفع المصلى يديه إلا عند تكبيرة الإحرام فقط ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك ، وذهب الشافعى وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور ، وجمهور أهل الحديث وأهل الظاهر إلى الرفع عند تكبيرة الإحرام وعند الركوع ، وعند الرفع من الركوع ، وهو مروى عن مالك إلا أنه عند بعض أولئك فرض وعند مالك سنة . وذهب بعض أهل الحديث إلى رفعها عند السجود وعند الرفع منه . والسبب فى هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة فى ذلك ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها ، وذلك أن فى ذلك

أحاديث أحدها حديث عبد الله بن مسعود ، وحديث البراء بن عازب « أنه كان عليه الصلاة والسلام يرفع يديه عند الإحرام مرة واحدة لايزيد عليها » والحديث الثانى حديث ابن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه ، وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضا كذلك وقال « سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ رَبَّنَا وَلَكَ الحَمْدُ » كان لايفعل ذلك فى السجود ، وهو حديث متفق على صحته وزعموا أنه روى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلا من أصحابه . والحديث الثالث حديث وائل بن حجر ، وفيه زيادة على ما فى حديث عبد الله بن عمر « أنه كان يرفع يديه عند السجود » فمن حمل الرفع ههنا على أنه ندب أو فريضة ، فمنهم من اقتصر به على الإحرام فقط ترجيحا لحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك لموافقة العمل به ، ومنهم من رجح حديث عبد الله ابن عمر ، فرأى الرفع فى الموضعين أعنى فى الركوع وفى الافتتاح لشهرته ، واتفق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء أن الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة ، ومن كان رأيه أنه ندب حمل ذلك على الندب ، ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال : إنه يجب أن تجمع هذه الزيادات بعضها إلى بعض على ما فى حديث وائل ابن حجر ، فإذًا العلماء ذهبوا فى هذه الآثار مذهبين : إما مذهب الترجيح ، وإما مذهب الجمع . والسبب فى اختلافهم فى حمل رفع اليدين فى الصلاة : هل هو على الندب أو على الفرض ؟ هو السبب الذى قلناه قبل من أن بعض الناس يرى أن الأصل فى أفعاله صلى الله عليه وسلم أن تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ، ومنهم من يرى أن الأصل أن لايزاد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت أو إجماع أنه من فرائض الصلاة إلا بدليل واضح ، وقد تقدم هذا من قولنا ، ولا معنى لتكرير الشىء الواحد مرات كثيرة ، وأما الحد الذى ترفع إليه اليدان ، فذهب بعضهم إلى أنه المنكبان ، وبه قال مالك والشافعى وجماعة ، وذهب بعضهم إلى رفعهما إلى الأذنين ، وبه قال أبو حنيفة ، وذهب بعضهم إلى رفعهما إلى الصدر ، وكل ذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، إلا أن أثبت ما فى ذلك أنه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور ، والرفع إلى الأذنين أثبت من الرفع إلى الصدر . وأشهر

(المسئلة الثانية) ذهب أبوحنيفة إلى أن الاعتدال من الركوع وفى الركوع غير واجب . وقال الشافعى : هو واجب . واختلف أصحاب مالك : هل ظاهر مذهبه يقتضى أن يكون سنة أو واجبا إذ لم ينقل عنه نص فى ذلك : والسبب فى اختلافهم : هل الواجب الأخذ ببعض ماينطلق عليه الاسم أم بكل ذلك الشىء الذى ينطلق عليه الاسم ، فمن كان الواجب عنده الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال فى الركوع ، ومن كان الواجب عنده الأخذ بالكل اشترط الاعتدال ، وقد صح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى الحديث المتقدم للرجل الذى علمه فروض الصلاة « اركع حتى تطمئن راكعا ، وارفع حتى تطمئن رافعا » فالواجب اعتقاد كونه فرضا ، وعلى هذا الحديث عوّل كل من رأى أن الأصل لاتحمل أفعاله عليه الصلاة والسلام فى سائر أفعال الصلاة مما لم ينص عليها فى هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ، ومن قبل هذا لم يروا رفع اليدين فرضا ولا ما عدا تكبيرة الإحرام والقراءة من الأقاويل التى فى الصلاة فتأمل هذا ، فإنه أصل مناقض للأصل الأول وهو سبب الخلاف فى أكثر هذه المسائل .

(المسئلة الثالثة) اختلف الفقهاء فى هيئة الجلوس ، فقال مالك وأصحابه يفضى بأليتيه إلى الأرض وينصب رجله اليمنى ويثنى اليسرى ، وجلوس المرأة عنده كجلوس الرجل . وقال أبوحنيفة وأصحابه : ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى . وفرق الشافعى بين الجلسة الوسطى والأخيرة ، فقال فى الوسطى بمثل قول أبى حنيفة ، وفى الأخيرة بمثل قول مالك . وسبب اختلافهم فى ذلك تعارض الآثار . وذلك أن فى ذلك ثلاثة آثار : أحدها وهو ثابت باتفاق حديث أبى حميد الساعدى الوارد فى وصف صلاته عليه الصلاة والسلام ، وفيه « وإذا جلس فى الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى ، وإذا جلس فى الركعة الأخيرة قدم رجله اليسرى ونصب اليمنى وقعد على مقعدته » . والثانى حديث وائل بن حجر ، وفيه « أنه كان إذا قعد فى الصلاة نصب اليمنى وقعد على اليسرى » . والثالث ما رواه مالك عن عبد الله ابن عمر أنه قال « إنما سنة الصلاة أن تنصب رجلك اليمنى وتثنى اليسرى ، وهو يدخل فى المسند لقوله فيه : إنما سنة الصلاة . وفى روايته عن القاسم

ابن محمد أنه أراهم الجلوس فى التشهد ، فنصب رجله اليمنى وثنى اليسرى وجلس على وركه الأيسر ولم يجلس على قدمه ، ثم قال : أرانى هذا عبد الله بن عبد الله بن عمر ، وحدثنى أن أباه كان يفعل ذلك ، فذهب مالك مذهب الترجيح لهذا الحديث . وذهب أبو حنيفة مذهب الترجيح لحديث وائل . وذهب الشافعى مذهب الجمع على حديث أبى حميد . وذهب الطبرى مذهب التخيير . وقال : هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو قول حسن ، فإن الأفعال المختلفة أولى أن تحمل على التخيير منها على التعارض ، وإنما يتصور ذلك التعارض أكثر ذلك فى الفعل مع القول أو فى القول مع القول .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فى الجلسة الوسطى والأخيرة ، فذهب الأكثر فى الوسطى إلى أنها سنة وليست بفرض ، وشذ قوم وقالوا : إنها فرض ، وكذلك ذهب الجمهور فى الجلسة الأخرى إلى أنها فرض وشذ قوم فقالوا إنها ليست بفرض . و السبب فى اختلافهم هو تعارض مفهوم الأحاديث ، وقياس إحدى الجلستين على الثانية ، وذلك أن فى حديث أبى هريرة المتقدم « اجلس حتى تطمئن جالسا » فوجب الجلوس على ظاهر هذا الحديث فى الصلاة كلها ، فمن أخذ بهذا قال : إن الجلوس كله فرض ، ولما جاء فى حديث ابن بحينة الثابت « أنه عليه الصلاة والسلام أسقط الجلسة الوسطى ولم يجبرها وسجد لها » وثبت عنه أنه أسقط ركعتين فجبرهما ، وكذلك ركعة . فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة ، وكانت عندهم الركعة فرضا بإجماع : فوجب أن لاتكون الجلسة الوسطى فرضا ، فهذا هو الذى أوجب أن فرق الفقهاء بين الجلستين ، ورأوا أن سجود السهو إنما يكون للسنن دون الفروض ، ومن رأى أنها فرض قال : السجود للجلسة الوسطى شىء يخصها دون سائر الفرائض ، وليس فى ذلك دليل على أنها ليست بفرض . وأما من ذهب إلى أنهما كليهما سنة فقاس الجلسة الأخيرة على الوسطى بعد أن اعتقد فى الوسطى بالدليل الذى اعتقد به الجمهور أنها سنة ، فإذا السبب فى اختلافهم هو فى الحقيقة آيل إلى معارضة الاستدلال لظاهر القول أو ظاهر الفعل ، فإن

من الناس أيضا من اعتقد أن الجلستين كليهما فرض من جهة أن أفعاله عليه الصلاة والسلام عنده الأصل فيها أن تكون فى الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم ، فاذن الأصلان جميعا يقتضيان ههنا أن الجلوس الأخير فرض ، ولذلك عليه أكثر الجمهور من غير أن يكون له معارض إلا القياس ، وأعنى بالأصلين القول والعمل ، ولذلك أضعف الأقاويل من رأى أن الجلستين سنة والله أعلم . وثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى وكفه اليسرى على ركبته اليسرى ويشير بأصبعه » واتفق العلماء على أن هذه الهيئة من هيئة الجلوس المستحسنة فى الصلاة ، واختلفوا فى تحريك الأصابع لاختلاف الأثر فى ذلك ، والثابت أنه كان يشير فقط .

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء فى وضع اليدين إحداهما على الأخرى فى الصلاة ، فكره ذلك مالك فى الفرض ، وأجازه فى النفل . ورأى قوم أن هذا الفعل من سنن الصلاة وهم الجمهور . والسبب فى اختلافهم أنه قد جاءت آثار ثابتة نقلت فيها صفة صلاته عليه الصلاة والسلام ، ولم ينقل فيها أنه كان يضع يده اليمنى على اليسرى ، وثبت أيضا أن الناس كانوا يؤمرون بذلك . وورد ذلك أيضا من صفة صلاته عليه الصلاة والسلام فى حديث أبى حميد فرأى قوم أن الآثار التى أثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التى لم تنقل فيها هذه الزيادة وأن الزيادة يجب أن يصار إليها . ورأى قوم أن الأوجب المصير إلى الآثار التى ليس فيها هذه الزيادة ، لأنها أكثر ، ولكون هذه ليست مناسبة لأفعال الصلاة ، وإنما هى من باب الاستعانة ، ولذلك أجازها مالك فى النفل ولم يجزها فى الفرض ، وقد يظهر من أمرها أنها هيئة تقتضى الخضوع ، وهو الأولى بها .

(المسئلة السادسة) اختار قوم إذا كان الرجل فى وتر من صلاته أن لا ينهض حتى يستوى قاعدا ، واختار آخرون أن ينهض من سجوده نفسه ، وبالأول قال الشافعى وجماعة ، وبالثانى قال مالك وجماعة . وسبب الخلاف أن فى ذلك حديثين مختلفين : أحدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت « أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى » فإذا كان فى وتر من صلاته لم ينهض حتى

يستوى قاعدا وفى حديث أبى حميد فى صفة صلاته عليه الصلاة والسلام « أنه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الأولى قام ولم يتورك » فأخذ بالحديث الأول الشافعى ، وأخذ بالثانى مالك ، وكذلك اختلفوا إذا سجد ، هل يضع يديه قبل ركبتيه ، أو ركبتيه قبل يديه ؟ ومذهب مالك وضع الركبتين قبل اليدين . وسبب اختلافهم أن فى حديث ابن حجر قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه ، وإذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه » وعن أبى هريرة أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « إذَا سَجَدَ أحَدُكُمْ فَلا يَبْرُكْ كما يَبْرُكُ البَعِيرُ ولْيَضَعْ يَدَيْهِ قَبْلَ رُكْبَتَيْهِ » وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبتيه . وقال بعض أهل الحديث : حديث وائل بن حجر أثبت من حديث أبى هريرة .

(المسئلة السابعة) اتفق العلماء على أن السجود يكون على سبعة أعضاء : الوجه واليدين والركبتين وأطراف القدمين ، لقوله عليه الصلاة والسلام « أُمِرْتُ أنْ أسْجُدَ عَلى سَبْعَةِ أعْضَاء » واختلفوا فيمن سجد على وجهه ونقصه السجود على عضو من تلك الأعضاء هل تبطل صلاته أم لا ؟ فقال قوم : لاتبطل صلاته لأن اسم السجود إنما يتناول الوجه فقط . وقال قوم : تبطل إن لم يسجد على السبعة الأعضاء للحديث الثابت ، ولم يختلفوا أن من سجد على جبهته وأنفه فقد سجد على وجهه ، واختلفوا فيمن سجد على أحدهما ، فقال مالك : إن سجد على جبهته دون أنفه جاز ، وإن سجد على أنفه دون جبهته لم يجز . وقال أبوحنيفة : بل يجوز ذلك . وقال الشافعى : لايجوز إلا أن يسجد عليهما جميعا . وسبب اختلافهم : هل الواجب هو امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم أم كله ، وذلك أن فى حديث النبى عليه الصلاة والسلام الثابت عن ابن عباس « أمرت أن أسجد عن سبعة أعضاء » فذكر منها الوجه ، فمن رأى أن الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم ، قال : إن سجد على الجبهة أو الأنف أجزأه . ومن رأى أن اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الأنف أجاز السجود على الجبهة دون الأنف ، وهذا كأنه تحديد للبعض الذى هو امتثاله ، هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم ، وكان هذا على

مذهب من يفرق بين أبعاض الشيء ، فرأى أن بعضها يقوم فى امتثاله مقام الوجوب وبعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فإنه أصل فى هذا الباب ، وإلا جاز لقائل أن يقول : إنه إن مس من أنفه الأرض مثقال خردلة تم سجوده . وأما من رأى أن الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم ، فالواجب عنده أن يسجد على الجبهة والأنف . والشافعى يقول : إن هذا الاحتمال الذى من قبل اللفظ قد أزاله فعله عليه الصلاة والسلام وبينه ، فإنه كان يسجد على الأنف والجبهة لما جاء من أنه انصرف من صلاة من الصلوات وعلى جبهته وأنفه أثر الطين والماء ، فوجب أن يكون فعله مفسرا للحديث المجمل . قال أبو عمر ابن عبد البر : وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكروا فيه الأنف والجبهة . قال القاضى أبو الوليد : وذكر بعضهم الجبهة فقط ، وكلا الروايتين فى كتاب مسلم ، وذلك حجة لمالك . واختلفوا أيضا هل من شرط السجود أن تكون يد الساجد بارزة وموضوعة على الذى يوضع عليها الوجه أم ليس ذلك من شرطه ؟ فقال مالك : ذلك من شرط السجود أحسبه شرط تمامه . وقالت جماعة : ليس ذلك من شرط السجود . ومن هذا الباب اختلافهم فى السجود على طاقات العمامة ، وللناس فيه ثلاثة مذاهب : قول بالمنع ، وقول بالجواز ، وقول بالفرق بين أن يسجد على طاقات يسيرة من العمامة أو كثيرة ، وقول بالفرق بين أن يمس من جبهته الأرض شيء أو لا يمس منها شيء ، وهذا الاختلاف كله موجود فى المذهب وعند فقهاء الأمصار ، وفى البخارى كانوا يسجدون على القلانس والعمائم . واحتج من لم ير إبراز اليدين فى السجود بقول ابن عباس « أمر النبى صلى الله عليه وسلم أن نسجد على سبعة أعضاء ولا نكفت ثوبا ولا شعرا » وقياسا على الركبتين وعلى الصلاة فى الخفين يمكن أن يحتج بهذا العموم فى السجود على العمامة .

(المسئلة الثامنة) اتفق العلماء على كراهية الإقعاء فى الصلاة لما جاء فى الحديث من النهى أن يقعى الرجل فى صلاته كما يقعى الكلب إلا أنهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم ، فبعضهم رأى أن الإقعاء المنهى عنه هو جلوس الرجل على أليتيه فى الصلاة ناصبا فخذيه مثل إقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم أن هذه الهيئة ليست من هيئات الصلاة . وقوم رأوا أن معنى

الإقعاء الذى نهى عنه هو أن يجعل أليتيه على عقبيه بين السجدتين وأن يجلس على صدور قدميه ، وهو مذهب مالك لما روى عن ابن عمر أنه ذكر أنه إنما كان يفعل ذلك لأنه كان يشتكى قدميه . وأما ابن عباس فكان يقول : الإقعاء على القدمين فى السجود على هذه الصفة هو سنة نبيكم ، خرجه مسلم . وسبب اختلافهم هو تردد اسم الإقعاء المنهى عنه فى الصلاة بين أن يدل على المعنى اللغوى أو يدل على معنى شرعى : أعنى على هيئة خصها الشرع بهذا الاسم ، فمن رأى أنه يدل على المعنى اللغوى قال : هو إقعاء الكلب . ومن رأى أنه يدل على معنى شرعى قال : إنما أريد بذلك إحدى هيئات الصلاة المنهى عنها ، ولما ثبت عن ابن عمر أن قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة الصلاة ، سبق إلى اعتقاده أن هذه الهيئة هى التى أريد بالإقعاء المنهى عنه ، وهذا ضعيف ، فإن الأسماء التى لم تثبت لها معان شرعية يجب أن تحمل على المعنى اللغوى حتى يثبت لها معنى شرعى ، بخلاف الأمر فى الأسماء التى تثبت لها معان شرعية : أعنى أنه يجب أن يحمل على المعانى الشرعية حتى يدل الدليل على المعنى اللغوى ، مع أنه قد عارض حديث ابن عمر فى ذلك حديث ابن عباس .

الباب الثانى من الجملة الثالثة

وهذا الباب الكلام المحيط بقواعده فيه فصول سبعة : أحدها : فى معرفة حكم صلاة الجماعة . والثانى فى معرفة شروط الإمامة ، ومن أولى بالتقديم وأحكام الإمام الخاصة به . الثالث : فى مقام المأموم من الإمام والأحكام الخاصة بالمأمومين . الرابع : فى معرفة ما يتبع فيه المأموم الإمام مما ليس يتبعه . الخامس : فى صفة الاتباع . السادس : فيما يحمله الإمام عن المأمومين . السابع : فى الأشياء التى إذا فسدت لها صلاة الإمام يتعدى الفساد إلى المأمومين .

الفصل الأول فى معرفة حكم صلاة الجماعة

فى هذا الفصل مسئلتان: إحداهما : هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء أم ليست بواجبة . المسئلة الثانية إذا دخل الرجل المسجد وقد صلى ، هل

يجب عليه أن يصلى مع الجماعة الصلاة التى قد صلاها أم لا ؟ .

(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا فيها ، فذهب الجمهور إلى أنها سنة أو فرض على الكفاية . وذهبت الظاهرية إلى أن صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف . والسبب فى اختلافهم تعارض مفهومات الآثار فى ذلك وذلك أن ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « صَلاةُ الجَمَاعَةِ تَفْضُلُ صَلاةَ الفَذِّ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ دَرَجَةً أَوْ بِسَبْعٍ وَعِشْرِينَ دَرَجَةً » يعنى أن الصلاة فى الجماعات من جنس المندوب إليه ، وكأنها كمال زائد على الصلاة الواجبة ، فكأنه قال عليه الصلاة والسلام : صلاة الجماعة أكمل من صلاة المنفرد . والكمال إنما هو شىء زائد على الإجزاء ، وحديث الأعمى المشهور حين استأذنه فى التخلف عن صلاة الجماعة لأنه لا قائد له ، فرخص له فى ذلك ، ثم قال له عليه الصلاة والسلام : « أَتَسْمَعُ النِّدَاءَ ؟ قال : نعم ، قال : لا أَجِدُ لكَ رُخْصَةً » هو كالنص فى وجوبها مع عدم العذر ، خرجه مسلم . ومما يقوى هذا حديث أبى هريرة المتفق على صحته ، وهو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ آمُرَ بِحَطَبٍ فَيُحْطَبَ ثُمَّ آمُرَ بالصَّلَاةِ فَيُؤَذَّنَ لَهَا ثُمَّ آمُرَ رَجُلاً فَيَؤُمَّ النَّاسَ ثُمَّ أُخَالِفَ إلى رجالٍ فأُحَرِّقَ عَلَيْهِمْ بُيُوتَهُمْ . والَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ لَوْ يَعْلَمُ أَحَدُهُمْ أَنَّهُ يَجِدُ عَظْماً سَمِيناً أَوْ مِرْمَاتَيْنِ حَسَنَتَيْنِ لَشَهِدَ العِشَاءَ » وحديث ابن مسعود ، وقال فيه « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم علّمنا سنن الهدى ، وإن من سنن الهدى الصلاة فى المسجد الذى يؤذن فيه » وفى بعض رواياته « ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم » فسلك كل واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع بتأويل حديث مخالفه ، وصرفه إلى ظاهر الحديث الذى تمسك به . فأما أهل الظاهر فإنهم قالوا : إن المفاضلة لا يمتنع أن تقع فى الواجبات أنفسها : أى إن صلاة الجماعة فى حق من فرضه صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد فى حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمكان العذر بتلك الدرجات المذكورة . قالوا : وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام :

« صَلاةُ القَاعِـدِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ صَلاةِ القَائِمِ » وأما أولئك فزعموا أنه يمكن أن يحمل حديث الأعمى على نداء يوم الجمعة ، إذ ذلك هو النداء الذى يجب على من سمعه الإتيان إليه باتفاق وهذا فيه بعد والله أعلم ، لأن نص الحديث هو أن أبا هريرة قال « أتى النبى صلى الله عليه وسلم رجل أعمى ، فقال : يا رسول الله إنه ليس لى قائد يقودنى إلى المسجد ، فسأل رسول الله أن يرخص له فيصلى فى بيته ، فرخص له ، فلما ولى دعاه فقال : هَلْ تَسْمَعُ النِّدَاءَ بالصَّلاةِ . فقال : نعم ، قال : فأجِبْ » وظاهر هذا يبعد أن يفهم منه نداء الجمعة ، مع أن الإتيان إلى صلاة الجمعة واجب على من كان فى المصر وإن لم يسمع النداء ، ولا أعرف فى ذلك خلافا . وعارض هذا الحديث أيضا حديث عتبان بن مالك المذكور فى الموطأ ، وفيه أن عتبان بن مالك كان يؤم وهو أعمى ، وأنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « إنه تكون الظلمة المطر والسيل وأنا رجل ضرير البصر فصل يا رسول الله فى بيتى مكانا أتخذه مصلى ، فجاءه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أيْنَ تُحِبُّ أنْ أُصَلِّى فأشار له إلى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

(وأما المسئلة الثانية) فإن الذى دخل المسجد وقد صلى لا يخلو من أحد وجهين : إما أن يكون صلى منفردا ، وإما أن يكون صلى فى جماعة . فإن كان صلى منفردا فقال قوم : يعيد معهم كل الصلوات إلا المغرب فقط ، وممن قال بهذا القول مالك وأصحابه . وقال أبو حنيفة : يعيد الصلوات كلها إلا المغرب والعصر . وقال الأوزاعى : إلا المغرب والصبح . وقال أبو ثور : إلا العصر والفجر . وقال الشافعى : يعيد الصلوات كلها ، وإنما اتفقوا على إيجاب إعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث بشر بن محمد عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه : مالكَ لَمْ تُصَلِّ مَعَ النَّاسِ : ألَسْتَ بِرَجُلٍ مُسْلِمٍ ؟ فقال بلى يا رسول الله ، ولكنى صليت فى أهلى ، فقال عليه الصلاة والسلام : إذَا جِئْتَ فَصَلِّ مَعَ النَّاسِ وإنْ كُنْتَ قَدْ صَلَّيْتَ » فاختلف الناس لاحتمال تخصيص هذا العموم بالقياس أو بالدليل ، فمن حمله على عمومه أوجب عليه إعادة الصلوات

كلها وهو مذهب الشافعي ؛ وأما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فإنه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله ، وذلك أنه زعم أن صلاة المغرب هي وتر ، فلو أعيدت لأشبهت صلاة الشفع التي ليست بوتر ، لأنها كانت تكون بمجموع ذلك ست ركعات ، فكأنها كانت تنتقل من جنسها إلى جنس صلاة أخرى وذلك مبطل لها ، وهذا القياس فيه ضعف ، لأن السلام قد فصل بين الأوتار والتمسك بالعموم أقوى من الاستثناء بهذا النوع من القياس ، وأقوى من هذا ما قاله الكوفيون من أنه إذا أعادها يكون قد أوتر مرتين ، وقد جاء في الأثر « لاوتران في ليلة » وأما أبو حنيفة فإنه قال : إن الصلاة الثانية تكون له نفلا ، فإن أعاد العصر يكون قد تنفل بعد العصر ، وقد جاء النهي عن ذلك ، فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بأنها وتر ، والوتر لايعاد ، وهذا قياس جيد إن سلم لهم الشافعي أن الصلاة الأخيرة لهم نفل . وأما من فرق بين العصر والصبح في ذلك فلأنه لم تختلف الآثار في النهي عن الصلاة بعد الصبح ، واختلف في الصلاة بعد العصر كما تقدم ، وهو قول الأوزاعي . وأما إذا صلى في جماعة فهل يعيد في جماعة أخرى؟ فأكثر الفقهاء على أنه لايعيد ، منهم مالك وأبوحنيفة ، وقال بعضهم : بل يعيد ، وممن قال بهذا القول أحمد وداود وأهل الظاهر . والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال «لا تُصَلَّى صَلاةٌ فِي يَوْمٍ مَرَّتَيْنِ » وروى عنه « أنه أمر الذين صلوا في جماعة أن يعيدوا مع الجماعة الثانية » وأيضا فإن ظاهر حديث بشر يوجب الإعادة على كل مصل إذا جاء المسجد ، فإن قوته قوة العموم ، والأكثر على أنه إذا ورد العام على سبب خاص لايقتصر به على سببه ، وصلاة معاذ مع النبي عليه الصلاة والسلام ، ثم كان يؤم قومه في تلك الصلاة فيه دليل على جواز إعادة الصلاة في الجماعة ، فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الجمع ومذهب الترجيح . أما من ذهب مذهب الترجيح فإنه أخذ بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لاتصلى صلاة واحدة في يوم مرتين » ولم يستثن من ذلك إلا صلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق عليها . وأما من ذهب مذهب الجمع فقالوا إنه معنى قوله عليه الصلاة والسلام : «لاتصلى صلاة واحدة في يوم مرتين» إنما ذلك

أن لايصلى الرجل الصلاة الواحدة بعينها مرتين : يعتقد فى كل واحدة منهما أنها فرض ، بل يعتقد فى الثانية أنها زائدة على الفرض ولكنه مأمور بها . وقال قوم : بل معنى هذا الحديث إنما هو للمنفرد : أعنى أن لايصلى الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين .

الفصل الثانى

فى معرفة شروط الإمامة ، ومن أولى بالتقديم ، وأحكام الإمام الخاصة به . وفى هذا الفصل مسائل أربع :

(المسئلة الأولى) اختلفوا فيمن أولى بالإمامة ، فقال مالك : يؤم القوم أفقههم لاأقرؤهم ، وبه قال الشافعى ، وقال أبوحنيفة والثورى وأحمد : يؤم القوم أقرؤهم . والسبب فى هذا الاختلاف اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « يَؤُمُّ القَوْمَ أَقْرَؤُهُمْ لِكِتَابِ اللهِ فَإِنْ كَانُوا فِى القِرَاءَةِ سَوَاءً فَأَعْلَمُهُمْ بِالسُّنَّةِ . فَإِنْ كَانُوا فِى السُّنَّةِ سَوَاءً فَأَقْدَمُهُمْ هِجْرَةً : فَإِنْ كَانُوا فِى الهِجْرَةِ سَوَاءً : فَأَقْدَمُهُمْ إِسْلَاماً . وَلَا يُؤُمُّ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِى سُلْطَانِهِ وَلَا يَقْعُدُ فِى بَيْتِهِ عَلَى تَكْرِمَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ » وهو حديث متفق على صحته لكن اختلف العلماء فى مفهومه : فمنهم من حمله على ظاهره وهو أبوحنيفة . ومنهم من فهم من الأقرإ ههنا الأفقه ، لأنه زعم أن الحاجة إلى الفقه فى الإمامة أمس من الحاجة إلى القراءة ، وأيضا فإن الأقرأ من الصحابة كان هو الأفقه ضرورة . وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم .

(المسئلة الثانية) اختلف الناس فى إمامة الصبى الذى لم يبلغ الحلم إذا كان قارئا ، فأجاز ذلك قوم لعموم (هذا الأثر و ل)[1] حديث عمرو بن سلمة أنه كان يؤم قومه وهو صبى . ومنع ذلك قوم مطلقا ، وأجازه قوم فى النفل ، ولم يجيزوه فى الفريضة ، وهو مروى عن مالك . وسبب الخلاف فى ذلك هل

---

(١) ما بين القوسين زائدة فى النسخة المصرية مع أنه لم يذكر أثرا ، فلهذا نبهنا على زيادته .

هل يؤم أحد فى صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه ؟. وذلك لاختلاف نية الإمام والمأموم ؟.

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى إمامة الفاسق . فردها قوم بإطلاق ؛ وأجازها قوم بإطلاق ؛ وفرق قوم بين أن يكون فسقه مقطوعا به أو غير مقطوع به ، فقالوا : إن كان فسقه مقطوعا به أعاد الصلاة المصلى وراءه أبدا . وإن كان مظنونا استحبت له الإعادة فى الوقت ؛ وهذا الذى اختاره الأبهرى تأولا على المذهب . ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه بتأويل أو يكون بغير تأويل مثل الذى يشرب النبيذ ويتأول أقوال أهل العراق . فأجازوا الصلاة وراء المتأول ولم يجيزوها وراء غير المتأول . وسبب اختلافهم فى هذا أنه شىء مسكوت عنه فى الشرع ؛ والقياس فيه متعارض . فمن رأى أن الفسق لما كان لا يبطل صحة الصلاة ولم يكن من يحتاج المأموم إمامه إلا صحة صلاته فقط على قول من يرى أن الإمام يحمل عن المأموم أجاز إمامة الفاسق ؛ ومن قاس الإمامة على الشهادة واتهم الفاسق أن يكون يصلى صلاة فاسدة كما يتهم فى الشهادة أن يكذب لم يجز إمامته ؛ ولذلك فرق قوم بين أن يكون فسقه بتأويل أو بغير تأويل . وإلى قريب من هذا يرجع من فرق بين أن يكون فسقه مقطوعا به أو غير مقطوع به . لأنه إذا كان مقطوعا به فكأنه غير معذور فى تأويله ، وقد رام أهل الظاهر أن يجيزوا إمامة الفاسق بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « يؤم القوم أقرؤهم » قالوا : فلم يستثن من ذلك فاسقا من غير فاسق ، والاحتجاج بالعموم فى غير المقصود ضعيف . ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه فى شروط صحة الصلاة . أو فى أمور خارجة عن الصلاة بناء على أن الإمام إنما يشترط فيه وقوع صلاته صحيحة .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا فى إمامة المرأة . فالجمهور على أنه لا يجوز أن تؤم الرجال واختلفوا فى إمامتها النساء ؛ فأجاز ذلك الشافعى . ومنع ذلك مالك وشذ أبو ثور والطبرى . فأجازا إمامتها على الإطلاق . وإنما اتفق الجمهور على منعها أن تؤم الرجال . لأنه لو كان جائزا لنقل ذلك عن الصدر الأول ، ولأنه أيضا لما كانت سنتهن فى الصلاة التأخير عن الرجال علم أنه ليس يجوز لهن التقدم عليهم . لقوله عليه الصلاة والسلام «أخِّرُوهُنَّ حَيْثُ أخَّرَهُنَّ

الله » ولذلك أجاز بعضهم إمامتها النساء إذ كن متساويات فى المرتبة فى الصلاة ، مع أنه أيضا نقل ذلك عن بعض الصدر الأول ، ومن أجاز إمامتها فإنما ذهب إلى مارواه أبوداود من حديث أم ورقة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يزورها فى بيتها وجعل لها مؤذنا يؤذن لها ، وأمرها أن تؤم أهل دارها » وفى هذا الباب مسائل كثيرة أعنى من اختلافهم فى الصفات المشترطة فى الإمام تركنا ذكرها لكونها مسكوتا عنها فى الشرع . قال القاضى : وقصدنا فى هذا الكتاب إنما هو ذكر المسائل المسموعة أو ماله تعلق قريب بالمسموع .

(وأما أحكام الإمام الخاصة به) فإن فى ذلك أربعة مسائل متعلقة بالسمع : إحداها هل يؤمِّنُ الإمام إذا فرغ من قراءة أم القرآن ؟ أم المأموم هو الذى يؤمن فقط . والثانية متى يكبر تكبيرة الإحرام ؟ والثالثة إذا أرتج عليه هل يفتح عليه أم لا ؟ والرابعة هل يجوز أن يكون موضعه أرفع من موضع المأمومين . فأما هل يؤمِّن الإمام إذا فرغ من قراءة أم الكتاب ، فإن مالكا ذهب فى رواية ابن القاسم عنه والمصريين أنه لا يؤمن ، وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يؤمن كالمأموم سواء ، وهى رواية المدنيين عن مالك ، وسبب اختلافهم أن فى ذلك حديثين متعارضى الظاهر : أحدهما حديث أبى هريرة المتفق عليه فى الصحيح أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذَا أمَّنَ الإمامُ فأمِّنُوا » والحديث الثانى ما خرّجه مالك عن أبى هريرة أيضا أنه قال عليه الصلاة والسلام « إذَا قالَ الإمامُ غَيْرِ المَغْضوبِ عَلَيْهِمْ ولا الضالينَ فَقُولوا آمينَ » فأما الحديث الأول فهو نص فى تأمين الإمام . وأما الحديث الثانى فيستدل منه على أن الإمام لا يؤمِّن ، وذلك أنه لو كان يؤمن لما أمر المأموم بالتأمين عند الفراغ من أم الكتاب قبل أن يؤمن الإمام ، لأن الإمام كما قال عليه الصلاة والسلام « إنَّمَا جُعِلَ الإمامُ ليُؤْتَمَّ بِهِ » إلا أن يخص هذا من أقوال الإمام : أعنى أن يكون للمأموم أن يؤمن معه أو قبله ، فلا يكون فيه دليل على حكم الإمام فى التأمين ، ويكون إنما تضمن حكم المأموم فقط ، لكن الذى يظهر أن مالكا ذهب مذهب الترجيح للحديث الذى رواه لكون السامع هو المؤمن لا الداعى ، وذهب الجمهور لترجيح الحديث الأول لكونه نصا ، ولأنه ليس فيه شىء من حكم الإمام ، وإنما الخلاف بينه وبين

الحديث الآخر فى موضع تأمين المأموم فقط لا فى هل يؤمن الإمام أو لا يؤمن فتأمل هذا . ويمكن أيضا أن يتأول الحديث الأول بأن يقال : إن معنى قوله « فإذا أمن فأمنوا » أى فإذا بلغ موضع التأمين ، وقد قيل إن التأمين هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشىء غير مفهوم من الحديث إلا بقياس : أعنى أن يفهم من قوله « فإذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين فأمنوا » أنه لا يؤمن الإمام . وأما متى يكبر الإمام فإن قوما قالوا : لا يكبر إلا بعد تمام الإقامة واستواء الصفوف ، وهو مذهب مالك والشافعى وجماعة . وقوم قالوا : إن موضع التكبير هو قبل أن يتم الإقامة ، واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة ، وهو مذهب أبى حنيفة والثورى وزفر . وسبب الخلاف فى ذلك تعارض ظاهر حديث أنس وحديث بلال . أما حديث أنس فقال : « أقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يكبر فى الصلاة فقال : أَقِيمُوا صُفُوفَكُمْ وَتَرَاصُّوا فإنى أَرَاكُمْ مِنْ وَرَاءِ ظَهْرِى » وظاهر هذا أن الكلام منه كان بعد الفراغ من الإقامة ، مثل ما روى عن عمر أنه كان إذا تمت الإقامة واستوت الصفوف حينئذ يكبر . وأما حديث بلال فإنه روى « أنه كان يقيم للنبى صلى الله عليه وسلم ، فكان يقول له : يا رسول الله لا تسبقنى بآمين » خرجه الطحاوى . قالوا : فهذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر والإقامة لم تتم . وأما اختلافهم فى الفتح على الإمام إذا أرتج عليه ، فإن مالكا والشافعى وأكثر العلماء أجازوا الفتح عليه ، ومنع ذلك الكوفيون . وسبب الخلاف فى ذلك اختلاف الآثار ، وذلك « أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تردد فى آية ، فلما انصرف قال : أَيْنَ أُبَيٌّ أَلَمْ يَكُنْ فى القَوْمِ ؟ » أى يريد الفتح عليه . وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « لا يُفْتَحُ عَلَى الإمامِ » والخلاف فى ذلك فى الصدر الأول ، والمنع مشهور عن على ، والجواز عن ابن عمر مشهور . وأما موضع الإمام فإن قوما أجازوا أن يكون أرفع من موضع المأمومين ، وقوم منعوا ذلك ، وقوم استحبوا من ذلك اليسير ، وهو مذهب مالك . وسبب الخلاف فى ذلك حديثان متعارضان : أحدهما الحديث الثابت : « أنه عليه الصلاة والسلام أمَّ

الناس على المنبر ليعلمهم الصلاة ، وأنه كان إذا أراد أن يسجد نزل من على المنبر » والثانى ما رواه أبو داود أن حذيفة أمّ الناس على دكان ، فأخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه ، فلما فرغ من صلاته قال : ألم تعلم أنهم كانوا ينهون عن ذلك ، أو ينهى عن ذلك ؟ . وقد اختلفوا هل يجب على الإمام أن ينوى الإمامة أم لا ؟ فذهب قوم إلى أنه ليس ذلك بواجب عليه لحديث ابن عباس أنه قام إلى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد دخوله فى الصلاة ، ورأى قوم أن هذا محتمل ، وأنه لابد من ذلك إذا كان يحمل بعض أفعال الصلاة عن المأمومين ، وهذا على مذهب من يرى أن الإمام يحمل فرضا أو نفلا عن المأمومين .

الفصل الثالث

فى مقام المأموم من الإمام ، والأحكام الخاصة بالمأمومين .

وفى هذا الباب خمس مسائل :

(المسئلة الأولى) اتفق جمهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الإمام لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره ، وأنهم إن كانوا ثلاثة سوى الإمام قاموا وراءه ، واختلفوا إذا كانا اثنين سوى الإمام ، فذهب مالك والشافعى إلى أنهما يقومان خلف الإمام . وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون : بل يقوم الإمام بينهما . والسبب فى اختلافهم أن فى ذلك حديثين متعارضين : أحدهما حديث جابر بن عبد الله قال : « قمت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأخذ بيدى فأدارنى حتى أقامنى عن يمينه ، ثم جاء جابر بن صخر فتوضأ ، ثم جاء فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بأيدينا جميعا ، فدفعنا حتى قمنا خلفه » والحديث الثانى حديث ابن مسعود أنه صلى بعلقمة والأسود فقام وسطهما ، وأسنده إلى النبى صلى الله عليه وسلم قال أبو عمر : واختلف رواة هذا الحديث ، فبعضهم أوقفه وبعضهم أسنده ، والصحيح أنه موقوف ، وأما أن سنة المرأة أن تقف خلف الرجل أو الرجال إن كان هنالك رجل سوى الإمام ، أو خلف الإمام إن كانت وحدها ، فلا أعلم فى ذلك خلافا لثبوت ذلك من حديث أنس الذى خرجه البخارى « أن

النبي صلى الله عليه وسلم صلى به وبأمه أوخالته ، قال : فأقامني عن يمينه وأقام المرأة خلفنا » والذي خرجه عنه أيضا مالك أنه قال « فصففت أنا واليتيم وراءه عليه الصلاة والسلام ، والعجوز من ورائنا » وسنة الواحد عند الجمهور أن يقف عن يمين الإمام لحديث ابن عباس حين بات عند ميمونة . وقال قوم : بل عن يساره ، ولا خلاف في أن المرأة الواحدة تصلي خلف الإمام ، وأنها إن كانت مع الرَّجل صلى الرجل إلى جانب الإمام والمرأة خلفه .

(المسئلة الثانية) أجمع العلماء على أن الصف الأول مرغب فيه ، وكذلك تراص الصفوف وتسويتها لثبوت الأمر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واختلفوا إذا صلى إنسان خلف الصف وحده ، فالجمهور على أن صلاته تجزئ . وقال أحمد وأبو ثور وجماعة صلاته فاسدة . وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له ، وحديث وابصة هو أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا صَلاةَ لِقائم خَلْفَ الصَّفّ » وكان الشافعي يرى أن هذا يعارضه قيام العجوز وحدها خلف الصف في حديث أنس . وكان أحمد يقول : ليس في ذلك حجة ، لأن سنة النساء هي القيام خلف الرجال . وكان أحمد كما قلنا يصحح حديث وابصة . وقال غيره : هو مضطرب الإسناد لا تقوم به حجة . واحتج الجمهور بحديث أبي بكرة أنه ركع دون الصف فلم يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالإعادة وقال له « زَادَكَ اللهُ حِرصًا ولا تَعُدْ » ولو حمل هذا على الندب لم يكن تعارض : أعني بين حديث وابصة وحديث أبي بكرة .

(المسئلة الثالثة) اختلف الصدر الأول في الرجل يريد الصلاة فيسمع الإقامة هل يشرع المشي إلى المسجد أم لا مخافة أن يفوته جزء من الصلاة ؟ فروى عن عمرو وابن مسعود أنهم كانوا يسرعون المشي إذا سمعوا الإقامة . وروى عن زيد بن ثابت وأبي ذر وغيرهم من الصحابة أنهم كانوا لا يرون السعي ، بل أن تؤتى الصلاة بوقار وسكينة ، وبهذا القول قال فقهاء الأمصار لحديث أبي هريرة الثابت « إذا ثوِّب بالصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون ، وأتوها وعليكم السكينة » ويشبه أن يكون سبب الخلاف في ذلك أنه لم يبلغهم هذا

الحديث أو رأوا أن الكتاب يعارضه لقوله تعالى - فاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ - وقوله - السَّابِقُونَ السَّابِقُونَ أولَئِكَ الْمُقَرَّبُونَ - وقوله - وسارِعوا إلى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ -.

وبالجملة فأصول الشرع تشهد بالمبادرة إلى الخير ، لكن إذا صح الحديث وجب أن تستثنى الصلاة من بين سائر أعمال القرب .

(المسئلة الرابعة) متى يستحب أن يقام إلى الصلاة ، فبعض استحسن البدء فى أول الإقامة على الأصل فى الترغيب فى المسارعة ، وبعض عند قوله : قد قامت الصلاة ، وبعضهم عند حيّ على الفلاح ، وبعضهم قال : حتى يروا الإمام ، وبعضهم لم يحد فى ذلك حدا كمالك رضى الله عنه ، فإنه وكل ذلك إلى قدر طاقة الناس ، وليس فى هذا شرع مسموع إلا حديث أبى قتادة أنه قال عليه الصلاة والسلام : « إذَا أُقِيمَتِ الصَّلاةُ فَلا تَقُومُوا حَتَّى تَرَوْنِى» فإن صح هذا وجب العمل به ، وإلا فالمسئلة باقية على أصلها المعفو عنه : أعنى أنه ليس فيها شرع ، وأنه متى قام كل فحسن .

(المسئلة الخامسة) ذهب مالك وكثير من العلماء إلى أن الداخل وراء الإمام إذا خاف فوات الركعة بأن يرفع الإمام رأسه منها إن تمادى حتى يصل إلى الصف الأول أن له أن يركع دون الصف الأول ثم يدب راكعا ، وكره ذلك الشافعى ، وفرق أبوحنيفة بين الجماعة والواحد ، فكرهه للواحد ، وأجازه للجماعة . وماذهب إليه مالك مروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود . وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث أبى بكرة ، وهو « أنه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس وهم ركوع ، فركع ثم سعى إلى الصف ، فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : مَنْ السَّاعى ؟ قال أبو بكرة أنا ، قال : زَادَكَ اللهُ حِرْصًا ولا تَعُدْ »

الفصل الرابع

فى معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الإمام

وأجمع العلماء على أنه يجب على المأموم أن يتبع الإمام فى جميع أقواله وأفعاله

إلا فى قوله: سمع الله لمن حمده . وفى جلوسه إذا صلى جالسا لمرض عند من أجاز إمامة الجالس . وأما اختلافهم فى قوله سمع الله لمن حمده ، فإن طائفة ذهبت إلى أن الإمام يقول إذا رفع رأسه من الركوع : سمع الله لمن حمده فقط ، ويقول المأموم : ربنا ولك الحمد فقط ، وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وغيرهما . وذهبت طائفة أخرى إلى أن الإمام والمأموم يقولان جميعا سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد ، وإن المأموم يتبع فيهما معا الإمام كسائر التكبير سواء . وقد روى عن أبى حنيفة أن المنفرد والإمام يقولانهما جميعا ، ولا خلاف فى المنفرد : أعنى أنه يقولهما جميعا . وسبب الاختلاف فى ذلك حديثان متعارضان : أحدهما حديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «إِنَّمَا جُعِلَ الإمامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ ، فإذَا رَكَعَ فارْكَعُوا ، وإذَا رفعَ فارْفَعُوا ، وإذَا قالَ سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ فَقُولوا : رَبَّنا ولكَ الحَمْدُ» والحديث الثانى حديث ابن عمر «أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه ، وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضا وقال : سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ رَبَّنا ولكَ الحَمْدُ» فمن رجح مفهوم حديث أنس قال : لا يقول المأموم سمع الله لمن حمده ولا الإمام ربنا ولك الحمد ، وهو من باب دليل الخطاب ، لأنه جعل حكم المسكوت عنه بخلاف حكم المنطوق به . ومن رجح حديث ابن عمر قال : يقول الإمام ربنا ولك الحمد ، ويجب على المأموم أن يتبع الإمام فى قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله «إنما جعل الإمام ليؤتم به» ومن جمع بين الحديثين فرق فى ذلك بين الإمام والمأموم . والحق فى ذلك أن حديث أنس يقتضى بدليل الخطاب أن الإمام لا يقول ربنا ولك الحمد ، وأن المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده . وحديث ابن عمر يقتضى نصا أن الإمام يقول ربنا ولك الحمد ، فلا يجب أن يترك النص بدليل الخطاب فإن النص أقوى من دليل الخطاب . وحديث أنس يقتضى بعمومه أن المأموم يقول : سمع الله لمن حمده بعموم قوله «إنما جعل الإمام ليؤتم به» وبدليل خطابه أن لا يقولها ، فوجب أن يرجح بين العموم ودليل الخطاب ، ولا خلاف أن العموم أقوى من دليل الخطاب ، لكن العموم يختلف أيضا فى القوة

والضعف ، ولذلك ليس يبعد أن يكون بعض أدلة الخطاب أقوى من بعض أدلة العموم فالمسئلة لعمرى اجتهادية : أعنى فى المأموم .

(وأما المسئلة الثانية) وهى صلاة القائم خلف القاعد ، فإن حاصل القول فيها أن العلماء اتفقوا على أنه ليس للصحيح أن يصلى فرضا قاعدا إذا كان منفردا أو إماما لقوله تعالى - وَقُومُوا لله قَانِتِينَ - واختلفوا إذا كان المأموم صحيحا فصلى خلف إمام مريض يصلى قاعدا على ثلاثة أقوال : أحدها أن المأموم يصلى خلفه قاعدا ، وممن قال بهذا القول أحمد وإسحق ، والقول الثانى أنهم يصلون خلفه قياما . قال أبو عمر بن عبد البر : وعلى هذا جماعة فقهاء الأمصار الشافعى وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر وأبو ثور وغيرهم ، وزاد هؤلاء فقال يصلون وراءه قياما وإن كان لايقوى على الركوع والسجود بل يومئ إيماء . وروى ابن القاسم أنه لاتجوز إمامة القاعد وأنه إن صلوا خلفه قياما أو قعودا بطلت صلاتهم ، وقد روى عن مالك أنهم يعيدون الصلاة فى الوقت ، وهذا إنما بنى على الكراهة لا على المنع ، والأول هو المشهور عنه . وسبب الاختلاف تعارض الآثار فى ذلك ومعارضة العمل للآثار : أعنى عمل أهل المدينة عند مالك ، وذلك أن فى ذلك حديثين متعارضين : أحدهما حديث أنس ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « وإذَا صَلَّى قاعِدا فَصَلُّوا قُعُودا » وحديث عائشة فى معناه ، وهو « أنه صلى صلى الله عليه وسلم وهو شاك جالسا وصلى وراءه قوم قياما فأشار إليهم أن اجلسوا فلما انصرف قال « إنَّمَا جُعِلَ الإمامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ ، فإذَا رَكَعَ فارْكَعُوا وإذَا رَفَعَ فارْفَعُوا ، وإذَا صَلَّى جالِسا فَصَلُّوا جُلُوسا » والحديث الثانى حديث عائشة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج فى مرضه الذى توفى منه ، فأتى المسجد فوجد أبا بكر وهو قائم يصلى بالناس ، فاستأخر أبو بكر فأشار إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن كما أنت ، فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى جنب أبى بكر ، فكان أبو بكر يصلى بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان الناس يصلون بصلاة أبى بكر » فذهب الناس فى هذين الحديثين مذهبين : مذهب النسخ ، ومذهب

الترجيح . فأما من ذهب مذهب النسخ فإنهم قالوا : إن ظاهر حديث عائشة وهو « أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يؤم الناس ، وأن أبا بكر كان مُسمِعا » لأنه لايجوز أن يكون إمامان فى صلاة واحدة ، وإن الناس كانوا قياما ، وإن النبى عليه الصلاة والسلام كان جالسا ، فوجب أن يكون هذا من فعله عليه الصلاة والسلام ، إذ كان آخر فعله ناسخا لقوله وفعله المتقدم . وأما من ذهب مذهب الترجيح فإنهم رجحوا حديث أنس بأن قالوا إن هذا الحديث قد اضطربت الرواية عن عائشة فيه فيمن كان الإمام ، هل رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أبو بكر ؟ . وأما مالك فليس له مستند من السماع ، لأن كلا الحديثين اتفقا على جواز إمامة القاعد ، وإنما اختلفا فى قيام المأموم أو قعوده ، حتى إنه لقد قال أبو محمد بن حزم إنه ليس فى حديث عائشة أن الناس صلوا لاقياما ولا قعودا ، وليس يجب أن يترك المنصوص عليه لشىء لم ينص عليه . قال أبو عمر : وقد ذكر أبو المصعب فى مختصره عن مالك أنه قال : لا يؤم الناس أحد قاعدا ، فإن أمهم قاعدا فسدت صلاتهم وصلاته لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لايَؤُمَّنَّ أحَدٌ بَعْدِى قاعِداً » قال أبو عمر وهذا حديث لايصح عند أهل العلم بالحديث ، لأنه يرويه جابر الجعفى مرسلا ، وليس بحجة فيما أسند فكيف فيما أرسل ؟ وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه كان يحتج بما رواه ربيعة بن أبى عبد الرحمن « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض ، فكان أبو بكر هو الإمام ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بصلاة أبى بكر وقال : ما ماتَ نَبِىٌّ حَتَّى يَؤُمَّهُ رَجُلٌ مِنْ أمَّتِهِ » وهذا ليس فيه حجة إلا أن يتوهم أنه ائتم بأبى بكر لأنه لاتجوز صلاة الإمام القاعد ، وهذا ظن لايجب أن يترك له النص مع ضعف هذا الحديث .

الفصل الخامس فى صفة الاتباع

وفيه مسئلتان : إحداهما فى وقت تكبيرة الإحرام للمأموم ، والثانية فى حكم من رفع رأسه قبل الإمام . أما اختلافهم فى وقت تكبير المأموم ، فإن مالكا استحسن أن يكبر بعد فراغ الإمام من تكبيرة الإحرام ، قال : وإن كبر معه

أجزأه ، وقد قيل إنه لا يجزئه ، وأما إن كبر قبله فلا يجزئه . وقال أبو حنيفة : وغيره يكبر مع تكبيرة الإمام ، فإن فرغ قبله لم يجزه . وأما الشافعى فعنه فى ذلك روايتان : إحداهما مثل قول مالك وهو الأشهر . والثانية أن المأموم إن كبر قبل الإمام أجزأه . وسبب الخلاف أن فى ذلك حديثين متعارضين : أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام « فإذا كبر فكبروا » والثانى ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام كبر فى صلاة من الصلوات ، ثم أشار اليهم أن امكثوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه أثر الماء » فظاهر هذا أن تكبيره وقع بعد تكبيرهم لأنه لم يكن له تكبير أولا لمكان عدم الطهارة ، وهو أيضا مبنى على أصله

أن صلاة المأموم غير مرتبطة بصلاة الإمام ، والحديث ليس فيه ذكر هل استأنفوا التكبير أو لم يستأنفوه ، فليس ينبغى أن يحمل على أحدهما إلا بتوقيف ، والأصل هو الاتباع وذلك لا يكون إلا بعد أن يتقدم الإمام إما بالتكبير وإما بافتتاحه . وأما من رفع رأسه قبل الإمام فإن الجمهور يرون أنه أساء ولكن صلاته جائزة ، وأنه يجب عليه أن يرجع فيتبع الإمام . وذهب قوم إلى أن صلاته تبطل للوعيد الذى جاء فى ذلك ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أما يَخافُ الَّذى يَرْفَعُ رأسَهُ قَبْلَ الإمام أنْ يُحَوِّلَ اللهُ رأسَهُ رأسَ حِمارٍ » ؟ .

الفصل السادس فيما حمله الإمام عن المأمومين

واتفقوا على أنه لا يحمل الإمام عن المأموم شيئا من فرائض الصلاة ما عدا القراءة ، فإنهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال : أحدها أن المأموم يقرأ مع الإمام فيما أسر فيه ولا يقرأ معه فيما جهر به . والثانى أنه لا يقرأ معه أصلا . والثالث أنه يقرأ فيما أسر أم الكتاب وغيرها ، وفيما جهر أم الكتاب فقط ، وبعضهم فرق فى الجهر بين أن يسمع قراءة الإمام أو لا يسمع ، فأوجب عليه القراءة إذا لم يسمع ، ونهاه عنها إذا سمع ، وبالأول قال مالك ، إلا أنه يستحسن له القراءة فيما أسر فيه الإمام . وبالثانى قال أبو حنيفة ، وبالثالث قال الشافعى ، والتفرقة بين أن يسمع أو لا يسمع هو قول أحمد بن حنبل . والسبب فى اختلافهم اختلاف الأحاديث فى هذا الباب وبناء بعضها على بعض ،

وذلك أن فى ذلك أربعة أحاديث : أحدها قوله عليه الصلاة والسلام « لا صلاة إلاَّ بفاتِحَةِ الكِتابِ » وما ورد من الأحاديث فى هذا المعنى مما قد ذكرناه فى باب وجوب القراءة . والثانى ما روى مالك عن أبى هريرة ؟ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال : هَل قَرَأَ مَعى مِنْكُمْ أحَدٌ آنِفا ؛ فقال رجل : نعم أنا يا رسول الله ؛ فقال رسول الله : إنى أقُولُ مالى أنازَعُ القُرآنَ » فانتهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم . والثالث حديث عبادة بن الصامت قال « صلى بنا رسول الله صلاة الغداة فثقلت عليه القراءة ؛ فلما انصرف قال: إنى لأرَاكُمْ تَقْرَءُونَ وَرَاءَ الإمامِ ؛ قلنا : نعم . قال : فَلا تَفْعَلُوا إلاَّ بأمِّ القُرآنِ » قال أبو عمر ؛ وحديث عبادة بن الصامت هنا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح . والحديث الرابع حديث جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام قال « مَنْ كانَ لَهُ إمامٌ فَقِراءَتُهُ لَهُ قِراءَةٌ » وفى هذا أيضا حديث خامس صححه أحمد بن حنبل . وهو ماروى أنه قال عليه الصلاة والسلام « إذَا قَرأ الإمامُ فأنْصِتُوا » فاختلف الناس فى وجه جمع هذه الأحاديث . فمن الناس من استثنى من النهى عن القراءة فيما جهر فيه الإمام قراءة أم القرآن فقط على حديث عبادة بن الصامت . ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب» المأموم فقط فى صلاة الجهر لمكان النهى الوارد عن القراءة فيما جهر فيه الإمام فى حديث أبى هريرة . وأكد ذلك بظاهر قوله تعالى ـ وإذَا قُرِئَ القُرآنُ فاسْتَمِعُوا لَهُ وأنْصِتُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ـ قالوا : وهذا إنما ورد فى الصلاة . ومنهم من استثنى القراءة الواجبة على المصلى المأموم فقط سرا كانت الصلاة أو جهرا . وجعل الوجوب الوارد فى القراءة فى حق الإمام والمنفرد فقط مصيرا إلى حديث جابر . وهو مذهب أبى حنيفة ، فصار عنده حديث جابر مخصصا لقوله عليه الصلاة والسلام « واقْرأ ماتَيَسَّرَ مَعَكَ فَقَطْ » لأنه لايرى وجوب قراءة أم القرآن فى الصلاة ؛ وإنما يرى وجوب القراءة مطلقا على ماتقدم . وحديث جابر لم يروه مرفوعا إلا جابر الجعفى ،

ولا حجة فى شىء مما ينفرد به . قال أبو عمر : وهو حديث لا يصح إلا مرفوعا عن جابر .

الفصل السابع

فى الأشياء التى إذا فسدت لها صلاة الإمام يتعدى الفساد إلى المأمومين .
واتفقوا على أنه إذا طرأ عليه الحدث فى الصلاة فقطع أن صلاة المأمومين ليست تفسد . واختلفوا إذا صلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة ، فقال قوم : صلاتهم صحيحة ، وقال قوم صلاتهم فاسدة ، وفرق قوم بين أن يكون الإمام عالما بجنابته أو ناسيا لها ؛ فقالوا إن كان عالما فسدت صلاتهم ، وإن كان ناسيا لم تفسد صلاتهم ، وبالأول قال الشافعى ، وبالثانى قال أبو حنيفة ، وبالثالث قال مالك . وسبب اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الإمام أم ليست مرتبطة ؟ فمن لم يرها مرتبطة قال : صلاتهم جائزة . ومن رآها مرتبطة قال : صلاتهم فاسدة ، ومن فرق بين السهو والعمد قصد إلى ظاهر الأثر المتقدم وهو « أنه عليه الصلاة والسلام كبر فى صلاة من الصلوات ؛ ثم أشار إليهم أن امكثوا ؛ فذهب ثم رجع وعلى جسمه أثر الماء » فإن ظاهر هذا أنهم بنوا على صلاتهم والشافعى يرى أنه لو كانت الصلاة مرتبطة للزم أن يبدءوا بالصلاة مرة ثانية .

الباب الثالث من الجملة الثالثة

والكلام المحيط بقواعد هذا الباب منحصر فى أربعة فصول : الفصل الأول : فى وجوب الجمعة وعلى من تجب . الثانى : فى شروط الجمعة . الثالث : فى أركان الجمعة . الرابع : فى أحكام الجمعة .

الفصل الأول فى وجوب الجمعة ومن تجب عليه

أما وجوب صلاة الجمعة على الأعيان فهو الذى عليه الجمهور لكونها بدلا من واجب وهو الظهر ، ولظاهر قوله تعالى ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ـ

والأمر على الوجوب ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « لَيَنْتَهِيَنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ أَوْ لَيَخْتِمَنَّ اللهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ » وذهب قوم إلى أنها من فروض الكفايات . وعن مالك رواية شاذة أنها سنة . والسبب في هذا الاختلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه الصلاة والسلام « إِنَّ هَذَا يَوْمٌ جَعَلَهُ اللهُ عِيداً » وأما على من تجب فعلى من وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيها زائدا عليها أربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما . أما المتفق عليهما فالذكورة والصحة، فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ، ولكن إن حضروا كانوا من أهل الجمعة . وأما المختلف فيهما فهما المسافر والعبد ، فالجمهور على أنه لا تجب عليهما الجمعة . وداود وأصحابه على أنه تجب عليهما الجمعة . وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الأثر الوارد في ذلك ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الْجُمُعَةُ حَقٌّ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ في جماعة إِلاَّ أَرْبَعَةً : عَبْدٌ مَمْلُوكٌ ، أو امْرأَةٌ ، أَوْ صَبِيٌّ أَوْ مَرِيضٌ » وفي أخرى « إِلاَّ خَمْسَةً » وفيه « أَوْ مُسَافِرٌ » والحديث لم يصح عند أكثر العلماء .

الفصل الثاني في شروط الجمعة

وأما شروط الجمعة فاتفقوا على أنها شروط الصلاة المفروضة بعينها : أعني الثمانية المتقدمة ما عدا الوقت والأذان ، فإنهم اختلفوا فيهما ، وكذلك اختلفوا في شروطها المختصة بها . أما الوقت فإن الجمهور على أن وقتها وقت الظهر بعينه : أعني وقت الزوال ، وأنها لا تجوز قبل الزوال ، وذهب قوم إلى أنه يجوز أن تصلى قبل الزوال وهو قول أحمد بن حنبل . والسبب في هذا الاختلاف في مفهوم الآثار الواردة في تعجيل الجمعة مثل ما خرّجه البخاري عن سهل بن سعد أنه قال ما كنا نتغدى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقيل إلا بعد الجمعة . ومثل ما روى أنهم كانوا يصلون وينصرفون وما للجدران أظلال ؛ فمن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال أجاز ذلك ، ومن لم يفهم منها إلا التكبير فقط لم يجز ذلك لئلا تتعارض الأصول في هذا الباب ، وذلك أنه قد ثبت من حديث أنس بن مالك « أن النبي

صلى الله عليه وسلم كان يصلى الجمعة حين تميل الشمس» وأيضا فإنها لما كانت بدلا من الظهر وجب أن يكون وقتها وقت الظهر ، فوجب من طريق الجمع بين هذه الآثار أن تحمل تلك على التبكير ، إذ ليست نصا فى الصلاة قبل الزوال ، وهو الذى عليه الجمهور . وأما الأذان فإن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن وقته هو إذا جلس الإمام على المنبر واختلفوا هل يؤذن بين يدى الإمام مؤذن واحد فقط أو أكثر من واحد ؟ فذهب بعضهم إلى أنه إنما يؤذن بين يدى الإمام مؤذن واحد فقط ، وهو الذى يحرم به البيع والشراء . وقال آخرون : بل يؤذن اثنان فقط . وقال قوم : بل إنما يؤذن ثلاثة . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك ، وذلك أنه روى البخارى عن السائب ابن يزيد أنه قال « كان النداء يوم الجمعة إذا جلس الإمام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر ، فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء » وروى أيضا عن السائب بن يزيد أنه قال « لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم إلا مؤذن واحد» وروى أيضا عن سعيد بن المسيب أنه قال «كان الأذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر أذانا واحدا حين يخرج الإمام فلما كان زمان عثمان وكثر الناس فزاد الأذان الأول ليتهيأ الناس للجمعة » وروى ابن حبيب « أن المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة » فذهب قوم إلى ظاهر ما رواه البخارى ، وقالوا : يؤذن يوم الجمعة مؤذنان . وذهب آخرون إلى أن المؤذن واحد فقالوا : إن معنى قوله : فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثانى هو الإقامة . وأخذ آخرون بما رواه ابن حبيب ، وأحاديث ابن حبيب عند أهل الحديث ضعيفة ولاسيما فيما انفرد به . وأما شروط الوجوب والصحة المختصة ليوم الجمعة ، فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة ، واختلفوا فى مقدار الجماعة ، فمنهم من قال : واحد مع الإمام وهو الطبرى . ومنهم من قال اثنان سوى الإمام . ومنهم من قال : ثلاثة دون الإمام ، وهو قول أبى حنيفة . ومنهم من اشترط أربعين ، وهو قول الشافعى وأحمد . وقال قوم ثلاثين . ومنهم من لم يشترط عددا ، ولكن رأى أنه يجوز بما دون الأربعين

ولا يجوز بالثلاثة والأربعة ، وهو مذهب مالك ، وحدّهم بأنهم الذين يمكن أن تتقرى بهم قرية . وسبب اختلافهم فى هذا اختلافهم فى أقل ماينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة أو أربعة أواثنان ، وهل الإمام داخل فيهم أم ليس بداخل فيهم ؟ وهل الجمع المشترط فى هذه الصلاة هوأقل ماينطلق عليه اسم الجمع فى غالب الأحوال ، وذلك هو أكثر من الثلاثة والأربعة ، فمن ذهب إلى أن الشرط فى ذلك هو أقل ماينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده أن أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان ، فإن كان ممن يعد الإمام فى الجمع المشترط فى فى ذلك قال تقوم الجمعة باثنين الإمام وواحد ثان ، وإن كان ممن لا يرى أن يعد الإمام فى الجمع قال تقوم باثنين سوى الإمام ، ومن كان أيضا عنده أن أقل الجمع ثلاثة ، فإن كان لا يعد الإمام فى جملتهم قال بثلاثة سوى الإمام ، وإن كان ممن يعد الإمام فى جملتهم وافق قول من قال أقل الجمع اثنان ولم يعد الإمام فى جملتهم . وأما من راعى ماينطلق عليه فى الأكثر والعرف المستعمل ا م الجمع قال لاتنعقد بالاثنين ولا بالأربعة ولم يحد فى ذلك حدا ، ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالقدر من الناس الذين يمكنهم أن يسكنوا على حدة من الناس وهو مالك رحمه الله . وأما من اشترط الأربعين فمصيرا إلى ماروى أن هذا العدد كان فى أول جمعة صليت بالناس ، فهذا هو أحد شروط صلاة الجمعة : أعنى شروط الوجوب وشروط الصحة فإن من الشروط ما هى شروط وجوب فقط ، ومنها ما يجمع الأمرين جميعا : أعنى أنها شروط وجوب وشروط صحة . وأما الشرط الثانى وهو الاستيطان ، فإن فقهاء الأمصار اتفقوا عليه لاتفاقهم على أن الجمعة لاتجب على مسافر ، وخالف فى ذلك أهل الظاهر لإيجابهم الجمعة على المسافر . واشترط أبو حنيفة المصر والسلطان مع هذا ، ولم يشترط العدد . وسبب اختلافهم فى هذا الباب هو الاحتمال المتطرق إلى الأحوال الراتبة التى اقترنت بهذه الصلاة عند فعله إياها صلى الله عليه وسلم هل هى شرط فى صحتها أو وجوبها أم ليست بشرط ؟ وذلك أنه لم يصلها صلى الله عليه وسلم إلا فى جماعة ومصر ومسجد جامع ، فمن رأى أن اقتران هذه الأشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطا فى صلاة الجمعة اشترطها ، ومن رأى بعضها دون بعض

اشترط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك المسجد وتركه اشتراط المصر والسلطان ، ومن هذا الوضع اختلفوا فى مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان فى مصر واحد أو لا تقام ؟ والسبب فى اختلافهم فى اشتراط الأحوال والأفعال المقترنة بها هو كون بعض تلك الأحوال أشد مناسبة لأفعال الصلاةِ من بعض ، ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة ، إذ كان معلوما من الشرع أنها حال من الأحوال الموجودة فى الصلاة ، ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطا فى ذلك لكونه غير مناسب لأحوال الصلاة ورأى المسجد شرطا لكونه أقرب مناسبة ، حتى لقد اختلف المتأخرون من أصحابه هل من شرط المسجد السقف أم لا ؟ وهل من شرطه أن تكون الجمعة راتبة فيه أم لا ؟ وهذا كله لعله تعمق فى هذا الباب ودين الله يسر . ولقائل أن يقول : إن هذه لو كانت شروطا فى صحة الصلاة لما جاز أن يسكت عنها عليه الصلاة والسلام ، ولا أن يترك بيانها لقوله تعالى ـ لِتُبَيِّنَ للنَّاسِ مانُزِّلَ إليهِمْ ـ ولقوله تعالى ـ لتُبَيِّنَ لهُمُ الَّذى اخْتَلَفُوا فيهِ ـ والله المرشد للصواب .

الفصل الثالث فى الأركان

اتفق المسلمون على أنها خطبة وركعتان بعد الخطبة ، واختلفوا من ذلك فى خمس مسائل هى قواعد هذا الباب .

(المسئلة الأولى) فى الخطبة ، هل هى شرط فى صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا ؟ فذهب الجمهور إلى أنها شرط وركن . وقال قوم : إنها ليست بفرض ، وجمهور أصحاب مالك على أنها فرض إلا ابن الماجشون . وسبب اختلافهم هو هل الأصل المتقدم من احتمال كل ما اقترن بهذه الصلاة أن يكون من شروطها أو لا يكون . فمن رأى أن الخطبة حال من الأحوال المختصة بهذه الصلاة ، وبخاصة إذا توهم أنها عوض من الركعتين اللتين نقصتا من هذه الصلاة قال : إنها ركن من أركان هذه الصلاة وشرط فى صحتها ، ومن رأى أن المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر الخطب رأى أنها ليست شرطا من شروط الصلاة ، وإنما وقع الخلاف فى هذه الخطبة هل هى فرض أم لا ؟

لكونها راتبة من سائر الخطب ، وقد احتج قوم لوجوبها بقوله تعالى ـ فاسْعَوْا إلى ذِكْرِ الله ـ وقالوا هو الخطبة .

(المسئلة الثانية) واختلف الذين قالوا بوجوبها فى القدر المجزئ منها فقال ابن القاسم : هو أقل ما ينطلق اسم خطبة فى كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدإ بحمد الله . وقال الشافعى : أقل ما يجزئ من ذلك خطبتان اثنتان يكون فى كل واحدة منهما قائما يفصل إحداهما من الأخرى بجلسة خفيفة يحمد الله فى كل واحدة منهما فى أولها ويصلى على النبى ويوصى بتقوى الله ويقرأ شيئا من القرآن فى الأولى ويدعو فى الآخرة والسبب فى اختلافهم هو هل يجزئ من ذلك أقل ماينطلق عليه الاسم اللغوى أو الاسم الشرعى ، فمن رأى أن المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوى لم يشترط فيها شيئا من الأقوال التى نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها . ومن رأى أن المجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعى اشترط فيها أصول الأقوال التى نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم : أعنى الأقوال الراتبة الغير مبتذلة . والسبب فى هذا الاختلاف أن الخطبة التى نقلت عنه فيها أقوال راتبة وغير راتبة ، فمن اعتبر الأقوال الغير راتبة وغلب حكمها قال : يكفى من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوى ؛ أعنى اسم خطبة عند العرب . ومن اعتبر الأقوال الراتبة وغلب حكمها قال : لايجزئ من ذلك إلا أقل ما ينطلق عليه اسم الخطبة فى عرف الشرع واستعماله ، وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس ، وهو شرط كما قلنا عند الشافعى ، وذلك أنه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطا ، ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطا .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب على ثلاثة أقوال : فمنهم من رأى أن الإنصات واجب على كل حال وأنه حكم لازم من أحكام الخطبة ، وهم الجمهور ومالك والشافعى وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وجميع فقهاء الأمصار ، وهؤلاء انقسموا ثلاثة أقسام ، فبعضهم أجاز التشميت ورد السلام فى وقت الخطبة ، وبه قال الثورى والأوزاعى وغيرهم وبعضهم لم يجز رد السلام ولا التشميت ، وبعض فرق بين السلام والتشميت فقالوا يرد السلام ولا يشمت ، والقول الثانى مقابل القول الأول ، وهو أن

الكلام فى حال الخطبة جائز إلا فى حين قراءة القرآن فيها ، وهو مروى عن الشعبى وسعيد بن جبير وإبراهيم النخعى ، والقول الثالث الفرق بين أن يسمع الخطبة أولا يسمعها ، فإن سمعها أنصت وإن لم يسمع جاز له أن يسبح أو يتكلم فى مسئلة من العلم ، وبه قال أحمد وعطاء وجماعة ، والجمهور على أنه إن تكلم لم تفسد صلاته . وروى عن ابن وهب أنه قال : من لغا فصلاته ظهر أربع وإنما صار الجمهور لوجوب الإنصات لحديث أبى هريرة أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « إذَا قُلْتَ لصَاحِبِكَ أنْصِتْ يَوْمَ الجُمُعَةِ والإمامُ يَخْطُبُ فَقَدْ لَغَوْتَ » وأما من لم يوجبه فلا أعلم لهم شبهة إلا أن يكونوا يرون أن هذا الأمر قد عارضه دليل الخطاب فى قوله تعالى - وإذَا قُرِئَ القُرآنُ فاسْتَمِعوا لهُ وأنْصِتُوا لعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ - أى أن ما عدا القرآن فليس يجب له الإنصات ، وهذا فيه ضعف والله أعلم . والأشبه أن يكون هذا الحديث لم يصلهم . وأما اختلافهم فى رد السلام وتشميت العاطس ، فالسبب فيه تعارض عموم الأمر بذلك لعموم الأمر بالإنصات ، واحتمال أن يكون كل واحد منهما مستثنى من صاحبه ، فمن استثنى من عموم الأمر بالصمت يوم الجمعة الأمر بالسلام وتشميت العاطس أجازهما ، ومن استثنى من عموم الأمر برد السلام والتشميت الأمر بالصمت فى حين الخطبة لم يجز ذلك ، ومن فرق فإنه استثنى رد السلام من النهى عن التكلم فى الخطبة ، واستثنى من عموم الأمر التشميت وقت الخطبة ، وإنما ذهب واحد واحد من هؤلاء إلى واحد واحد من هذه المستثنيات لما غلب على ظنه من قوة العموم فى أحدها وضعفه فى الآخر ، وذلك أن الأمر بالصمت هو عام فى الكلام خاص فى الوقت ، والأمر برد السلام والتشميت هو عام فى الوقت خاص فى الكلام ، فمن استثنى الزمان الخاص من الكلام العام لم يجز رد السلام ولا التشميت فى وقت الخطبة ، ومن استثنى الكلام الخاص من النهى عن الكلام العام أجاز ذلك . والصواب أن لا يصار لاستثناء أحد العمومين بأحد الخصوصين إلا بدليل ، فإن عسر ذلك فبالنظر فى ترجيح العمومات والخصوصات ، وترجيح تأكيد الأوامر بها والقول فى تفصيل ذلك يطول ، ولكن معرفة ذلك بإيجاز أنه إن كانت

الأوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هناك دليل على أيٍّ يستثنى من أيٍّ وقع التمانع ضرورة ، وهذا يقل وجوده ، وإن لم يكن فوجه الترجيح فى العمومات والخصوصات الواقعة فى أمثال هذه المواضع هو النظر إلى جميع أقسام النسب الواقعة بين الخصوصين والعمومين ، وهى أربع : عمومان فى مرتبة واحدة من القوة ، وخصوصان فى مرتبة واحدة من القوة ، فهذا لا يصار لاستثناء أحدهما إلا بدليل ، الثانى مقابل هذا ، وهو خصوص فى نهاية القوة وعموم فى نهاية الضعف ، فهذا يجب أن يصار إليه ولا بد أعنى أن يستثنى من العموم الخصوص ، الثالث خصوصان فى مرتبة واحدة ، وأحد العمومين أضعف من الثانى ، فهذا ينبغى أن يخصص فيه العموم الضعيف ، الرابع عمومان فى مرتبة واحدة وأحد الخصوصين أقوى من الثانى ، فهذا يجب أن يكون الحكم فيه للخصوص القوى ، وهذا كله إذا تساوت الأوامر فيها فى مفهوم التأكيد ، فإن اختلفت حدثت من ذلك تراكيب مختلفة ووجبت المقايسة أيضا بين قوة الألفاظ وقوة الأوامر ، ولعسر انضباط هذه الأشياء قيل إن كل مجتهد مصيب أو أقل ذلك غير مأثوم .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والإمام على المنبر : هل يركع أم لا ؟ فذهب بعض إلى أنه لا يركع وهو مذهب مالك ، وذهب بعضهم إلى أنه يركع . والسبب فى اختلافهم معارضة القياس لعموم الأثر ، وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا جَاءَ أَحَدُكُمُ الْمَسْجِدَ فَلْيَرْكَعْ رَكْعَتَيْنِ » يوجب أن يركع الداخل فى المسجد يوم الجمعة وإن كان الإمام يخطب ، والأمر بالإنصات إلى الخطيب يوجب دليله أن لا يشتغل بشىء مما يشغل عن الإنصات وإن كان عبادة ، ويؤيد عموم هذا الأثر ما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا جَاءَ أَحَدُكُمُ الْمَسْجِدَ والإمامُ يَخْطُبُ فَلْيَرْكَعْ رَكْعَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ » خرجه مسلم فى بعض رواياته ، وأكثر رواياته « أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر الرجل الداخل أن يركع ، ولم يقل إذا جاء أحدكم » الحديث . فيتطرق إلى هذا الخلاف فى هل تقبل زيادة الراوى الواحد إذا خالفه أصحابه عن الشيخ الأول الذى اجتمعوا فى الرواية عنه أم لا ؟ فإن صحت الزيادة وجب العمل بها ، فإنها نص فى موضع الخلاف

والنص لايجب أن يعارض بالقياس ، لكن يشبه أن يكون الذى راعاه مالك فى هذا هو العمل :

(المسئلة الخامسة) أكثر الفقهاء على أن من سنة القراءة فى صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة فى الركعة الأولى لما تكرر ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام ، وذلك أنه خرج مسلم عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الركعة الأولى بالجمعة ، وفى الثانية بإذا جاءك المنافقون » وروى مالك أن الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على أثر سورة الجمعة قال «كان يقرأ بهل أتاك حديث الغاشية » واستحب مالك العمل على هذا الحديث وإن قرأ عنده بسبح اسم ربك الأعلى كان حسنا ، لأنه مروى عن عمر بن عبد العزيز وأما أبوحنيفة فلم يقف فيها شيئا . والسبب فى اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس ، وذلك أن القياس يوجب أن لايكون لها سورة راتبة كالحال فى سائر الصلوات ، ودليل الفعل يقتضى أن يكون لها سورة راتبة . وقال القاضى : خرج مسلم عن النعمان ابن بشير « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى العيدين وفى الجمعة بسبح اسم ربك الأعلى ، وهل أتاك حديث الغاشية » قال فإذا اجتمع العيد والجمعة فى يوم واحد قرأ بهما فى الصلاتين ، وهذا يدل على أنه ليس هناك سورة راتبة وأن الجمعة ليس كان يقرأ بها دائما .

الفصل الرابع فى أحكام الجمعة

وفى هذا الباب أربع مسائل . الأولى : فى حكم طهر الجمعة . الثانية : على من تجب ممن خارج المصر . الثالثة : فى وقت الرواح المرغب فيه إلى الجمعة . الرابعة : فى جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء .

(المسئلة الأولى) اختلفوا فى طهر الجمعة ؛ فذهب الجمهور إلى أنه سنة ، وذهب أهل الظاهر إلى أنه فرض ولا خلاف فيما أعلم أنه ليس شرطا فى صحة الصلاة ، والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار وذلك أن فى هذا الباب حديث أبى سعيد الخدرى ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « طُهْرُ يَوْمِ الجُمُعَةِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُحْتَلِمٍ كَطُهْرِ الجَنَابَةِ » وفيه حديث عائشة قالت : «كان الناس

عمال أنفسهم فيروحون إلى الجمعة بهيئتهم ، فقيل لو اغتسلتم ؟ والأول صحيح باتفاق ، والثانى خرجه أبوداود ومسلم . وظاهر حديث أبى سعيد يقتضى وجوب الغسل ، وظاهر حديث عائشة أن ذلك كان لموضع النظافة وأنه ليس عبادة ، وقد روى « مَنْ تَوَضَّأَ يَوْمَ الجُمُعَةِ فبها ونِعْمَتْ ، ومَنْ اغْتَسَلَ فالغُسْلُ أفْضَلُ » وهو نص فى سقوط فرضيته إلا أنه حديث ضعيف . وأما وجوب الجمعة على من هو خارج المصر ، فإن قوما قالوا : لاتجب على من خارج المصر ، وقوم قالوا : بل تجب ، وهؤلاء اختلفوا اختلافا كثيرا ، فمنهم من قال : من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الإتيان إليها وهو شاذ ، ومنهم من قال يجب عليه الإتيان إليها على ثلاثة أميال ، ومنهم من قال : يجب عليه الإتيان من حيث يسمع النداء فى الأغلب ، وذلك من ثلاثة أميال من موضع النداء ، وهذان القولان عن مالك ، وهذه المسألة ثبتت فى شروط الوجوب . وسبب اختلافهم فى هذا الباب اختلاف الآثار ، وذلك أنه ورد أن الناس كانوا يأتون الجمعة من العوالى فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم ، وذلك ثلاثة أميال من المدينة . وروى أبو داود أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « الجُمُعَةُ عَلَى مَنْ سَمِعَ النِّداءَ » وروى « الجُمُعَةُ عَلَى مَنْ آوَاهُ اللَّيْلُ إلى أهْلِهِ » وهو أثر ضعيف وأما اختلافهم فى الساعات التى وردت فى فضل الرواح ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ رَاحَ فى السَّاعَةِ الأولى فكأنما قَرَّبَ بَدَنَةً ، وَمَنْ راحَ فى السَّاعَةِ الثَّانِيَةِ فكأنما قَرَّبَ بَقَرَةً ، وَمَنْ راحَ فى السَّاعَةِ الثَّالِثَةِ فكأنما قَرَّبَ كَبْشا ، وَمَنْ راحَ فى السَّاعَةِ الرَّابِعَةِ فكأنما قَرَّبَ دجاجَةً وَمَنْ رَاحَ فى السَّاعَةِ الخامِسَةِ فكأنما قَرَّبَ بَيْضَةً » فإن الشافعى وجماعة من العلماء اعتقدوا أن هذه الساعات هى ساعات النهار فندبوا إلى الرواح من أول النهار ، وذهب مالك إلى أنها أجزاء ساعة واحدة قبل الزوال وبعده ، وقال قوم : هى أجزاء ساعة قبل الزوال وهو الأظهر لوجوب السعى بعد الزوال إلا على مذهب من يرى أن الواجب يدخله الفضيلة . وأما اختلافهم فى البيع والشراء وقت النداء فإن قوما قالوا : يفسخ البيع إذا وقع النداء ،

وقوما قالوا لايفسخ . وسبب اختلافهم هل النهى عن الشىء الذى أصله مباح إذا تقيد النهى بصفة يعود بفساد المنهى عنه أم لا ؟ . وآداب الجمعة ثلاث الطيب والسواك واللباس الحسن ، ولا خلاف فيه لورود الآثار بذلك .

الباب الرابع فى صلاة السفر

وهذا الباب فيه فصلان : الفصل الأول فى القصر . الفصل الثانى فى الجمع .

الفصل الأول فى القصر

والسفر له تأثير فى القصر باتفاق ؛ وفى الجمع باختلاف . أما القصر فإنه اتفق العلماء على جواز قصر الصلاة للمسافر إلا قول شاذ . وهو قول عائشة وهو أن القصر لايجوز إلا للخائف لقوله تعالى ـ إنْ خِفْتُمْ أنْ يَفْتِنَكُم الَّذِينَ كَفَرُوا ـ وقالوا : إن النبى عليه الصلاة والسلام إنما قصر لأنه كان خائفا . واختلفوا من ذلك فى خمسة مواضع : أحدها فى حكم القصر . والثانى فى المسافة التى يجب فيها القصر ؛ والثالث فى السفر الذى يجب فيه القصر ، والرابع فى الموضع الذى يبدأ منه المسافر بالتقصير . والخامس فى مقدار الزمان الذى يجوز للمسافر فيه إذا أقام فى موضع أن يقصر الصلاة . فأما حكم القصر فإنهم اختلفوا فيه على أربعة أقوال : فمنهم من رأى أن القصر هو فرض المسافر المتعين عليه . ومنهم من رأى أن القصر والإتمام كلاهما فرض مخير له كالخيار فى واجب الكفارة . ومنهم من رأى أن القصر سنة . ومنهم من رأى أنه رخصة وأن الإتمام أفضل . وبالقول الأول قال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بأسرهم : أعنى أنه فرض متعين ؛ وبالثانى قال بعض أصحاب الشافعى وبالثالث « أعنى أنه سنة » قال مالك فى أشهر الروايات عنه . وبالرابع « أعنى أنه رخصة» قال الشافعى فى أشهر الروايات عنه . وهو المنصور عند أصحابه . والسبب فى اختلافهم معارضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المنقول ومعارضة دليل الفعل أيضا للمعنى المعقول ولصيغة اللفظ المنقول ؛ وذلك أن المفهوم من قصر الصلاة للمسافر إنما هو الرخصة لموضع المشقة كما رخص له فى الفطر وفى أشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن أمية قال « قلت لعمر : إنما قال

الله - إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا - يريد فى قصر الصلاة فى السفر ، فقال عمر « عجبت مما عجبت منه ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتنى عنه فقال : صَدَقَةٌ تَصَدَّقَ اللهُ بها عَلَيْكُم ، فاقْبَلُوا صَدَقَتَهُ » فمفهوم هذا الرخصة . وحديث أبى قلابة عن رجل من بنى عامر أنه أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « إِنَّ اللهَ وَضَعَ عَنِ المُسافِرِ الصَّوْمَ وَشَطْرَ الصَّلاةِ » وهما فى الصحيح ، وهذا كله يدل على التخفيف والرخصة ورفع الحرج ، لا أن القصر هو الواجب ولا أنه سنة . وأما الأثر الذى يعارض بصيغته المعنى المعقول ومفهوم هذه الآثار فحديث عائشة الثابت باتفاق قالت « فرضت الصلاة ركعتين ركعتين ، فأقرت صلاة السفر ، وزيد فى صلاة الحضر » وأما دليل الفعل الذى يعارض المعنى المعقول ومفهوم الأثر المنقول فإنه ما نقل عنه عليه الصلاة والسلام من قصر الصلاة فى كل أسفاره ، وأنه لم يصح عنه عليه الصلاة والسلام أنه أتم الصلاة قط فمن ذهب إلى أنه سنة أو واجب مخير فإنما حمله على ذلك أنه لم يصح عنده « أن النبى عليه الصلاة والسلام أتم الصلاة وما هذا شأنه » فقد يجب أن يكون أحد الوجهين : أعنى إما واجبا مخيرا ، وإما أن يكون سنة ، وإما أن يكون فرضا معينا ، لكن كونه فرضا معينا يعارضه المعنى المعقول ، وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول ، فوجب أن يكون واجبا مخيراً أو سنة ، وكان هذا نوعا من طريق الجمع ، وقد اعتلوا لحديث عائشة بالمشهور عنها من أنها كانت تتم ، وروى عطاء « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يتم الصلاة فى السفر ويقصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويعجل العصر ويؤخر المغرب ويعجل العشاء » ومما يعارضه أيضا حديث أنس وأبى نجيح المكى قال : اصطحبت أصحاب محمد صلى الله وسلم ، فكان بعضهم يتم وبعضهم يقصر وبعضهم يصوم وبعضهم يفطر ، فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ، ولا هؤلاء على هؤلاء ، ولم يختلف فى إتمام الصلاة عن عثمان وعائشة ، فهذا هو اختلافهم فى الموضع الأول . وأما اختلافهم فى الموضع الثانى وهى المسافة التى يجوز فيها القصر ، فإن العلماء اختلفوا فى ذلك أيضا اختلافا كثيرا ، فذهب مالك والشافعى وأحمد وجماعة كثيرة إلى أن الصلاة تقصر فى أربعة برد ، وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط . وقال أبو حنيفة

وأصحابه والكوفيون: أقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام ، وإن القصر إنما هو لمن سار من أفق إلى أفق . وقال أهل الظاهر : القصر فى كل سفر قريبا كان أو بعيدا . والسبب فى اختلافهم معارضة المعنى المعقول من ذلك اللفظ ، وذلك أن المعقول من تأثير السفر فى القصر أنه لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تأثيره فى الصوم ، وإذا كان الأمر على ذلك فيجب القصر حيث المشقة . وأما من لايراعى فى ذلك إلا اللفظ فقط ، فقالوا : قد قال النبى عليه الصلاة والسلام « إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة » فكل من انطلق عليه اسم مسافر جاز له القصر والفطر ، وأيدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر ابن الخطاب « أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يقصر فى نحو السبعة عشر ميلا » وذهب قوم إلى خامس كما قلنا وهو أن القصر لايجوز إلا للخائف لقوله تعالى ـ إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا ـ وقد قيل إنه مذهب عائشة وقالوا: إن النبى صلى الله عليه وسلم إنما قصر لأنه كان خائفا . وأما اختلاف أولئك الذين اعتبروا المشقة فسببه اختلاف الصحابة فى ذلك ، وذلك أن مذهب الأربعة برد مروى عن ابن عمر وابن عباس ، ورواه مالك ، ومذهب الثلاثة أيام مروى أيضا عن ابن مسعود وعثمان وغيرهما . وأما الموضع الثالث وهو اختلافهم فى نوع السفر الذى تقصر فيه الصلاة ، فرأى بعضهم أن ذلك مقصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد ، وممن قال بهذا القول أحمد . ومنهم من أجازه فى السفر المباح دون سفر المعصية ، وبهذا القول قال مالك والشافعى . ومنهم من أجازه فى كل سفر قربة كان أو مباحا أو معصية وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى وأبو ثور . والسبب فى اختلافهم معارضة المعنى المعقول أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل ، وذلك أن من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر . وأما من اعتبر دليل الفعل قال : إنه لايجوز إلا فى السفر المتقرب به لأن النبى عليه الصلاة والسلام لم يقصر قط إلا فى سفر متقرب به . وأما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ ، والأصل فيه: هل تجوز الرخص للعصاة أم لا ؟ وهذه مسئلة عارض فيها اللفظ المعنى ، فاختلف الناس فيها لذلك . وأما الموضع الرابع وهو اختلافهم فى الموضع الذى منه يبدأ المسافر بقصر الصلاة ، فإن مالكا قال فى الموطأ :

لايقصر الصلاة الذى يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل أول بيوتها . وقد روى عنه أنه لايقصر إذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها بنحو ثلاثة أميال ، وذلك عنده أقصى ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر فى إحدى الروايتين عنه ، وبالقول الأول قال الجمهور . والسبب فى هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل ، وذلك أنه إذا شرع فى السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم قال : إذا خرج من بيوت القرية قصر . ومن راعى دليل الفعل : أعنى فعله عليه الصلاة والسلام قال : لايقصر إلا إذا خرج من بيوت القرية بثلاثة أميال لما صح من حديث أنس قال «كان النبى صلى الله عليه وسلم إذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أوثلاثة فراسخ ـ شعبةالشاك ـ صلى ركعتين» وأما اختلافهم فى الزمان الذى يجوز للمسافر إذا أقام فيه فى بلد أن يقصر فاختلاف كثير حكى فيه أبو عمر نحوا من أحد عشر قولا ، إلا أن الأشهر منها هو ماعليه فقهاء الأمصار ولهم فى ذلك ثلاثة أقوال : أحدها مذهب مالك والشافعى أنه إذا أزمع المسافر على إقامة أربعة أيام أتم . والثانى مذهب أبى حنيفة وسفيان الثورى أنه إذا أزمع على إقامة خمسة عشر يوما أتم . والثالث مذهب أحمد وداود أنه إذا أزمع على أكثر من أربعة أيام أتم . وسبب الخلاف أنه أمر مسكوت عنه فى الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ، ولذلك رام هؤلاء كلهم أنه يستدلوا لمذهبهم من الأحوال التى نقلت عنه عليه الصلاة والسلام أنه أقام فيها مقصرا ، أو أنه جعل لها حكم المسافر . فالفريق الأول احتجوا لمذهبهم بما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أقام بمكة ثلاثا يقصر فى عمرته » وهذا ليس فيه حجة على أنه النهاية للتقصير ، وإنما فيه حجة على أنه يقصر فى الثلاثة فما دونها . والفريق الثانى احتجوا لمذهبهم بما روى أنه أقام بمكة عام الفتح مقصرا وذلك نحوا من خمسة عشر يوما فى بعض الروايات ،وقد روى سبعة عشر يوما وثمانية عشر يوما وتسعة عشر يوما ، رواه البخارى عن ابن عباس ، وبكل قال فريق . والفريق الثالث احتجوا بمقامه فى حجه بمكة مقصرا أربعة أيام ، وقد احتجت المالكية لمذهبها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

جعل للمهاجر ثلاثة أيام بمكة مقام بعد قضاء نسكه » فدل هذا عندهم على أن إقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر ، وهى النكتة التى ذهب الجميع إليها ، وراموا استنباطها من فعله عليه الصلاة والسلام : أعنى متى يرتفع عنه بقصد الإقامة اسم السفر ، ولذلك اتفقوا على أنه إن كانت الإقامة مدة لايرتفع فيها عنه اسم السفر بحسب رأى واحد منهم فى تلك المدة وعاقه عائق عن السفر أنه يقصر أبدا ، وإن أقام ما شاء الله . ومن راعى الزمان الأقل من مقامه تأول مقامه فى الزمان الأكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة ؛ فقالت المالكية مثلا إن الخمسة عشر يوما التى أقامها عليه الصلاة والسلام عام الفتح إنما أقامها وهو أبدا ينوى أنه لايقيم أربعة أيام ، وهذا بعينه يلزمهم فى الزمان الذى حدوه ، والأشبه فى المجتهد فى هذا أن يسلك أحد أمرين : إما أن يجعل الحكم لأكثر الزمان الذى روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه أقام فيه مقصرا ، ويجعل ذلك حدا من جهة أن الأصل هو الإتمام فوجب ألا يزاد على هذا الزمان إلا بدليل ، أو يقول إن الأصل فى هذا هو أقل الزمان الذى وقع عليه الإجماع ، وما ورد من أنه عليه الصلاة والسلام أقام مقصرا أكثر من ذلك الزمان ، فيحتمل أن يكون أقامه لأنه جائز للمسافر ، ويحتمل أن يكون أقامه بنية الزمان الذى تجوز إقامته فيه مقصرا باتفاق ، فعرض له أن قام أكثر من ذلك ، وإذا كان الاحتمال وجب التمسك بالأصل ، وأقل ما قيل فى ذلك يوم وليلة ، وهو قول ربيعة بن أبى عبد الرحمن . وروى عن الحسن البصرى أن المسافر يقصر أبدا إلا أن يقدم مصرا من الأمصار ، وهذا بناء على أن اسم السفر واقع عليه حتى يقدم مصرا من الأمصار ، فهذه أمهات المسائل التى تتعلق بالقصر .

الفصل الثانى فى الجمع

وأما الجمع فإنه يتعلق به ثلاث مسائل : إحداها جوازه . والثانية فى صفة الجمع . والثالثة فى مبيحات الجمع . أما جوازه فإنهم أجمعوا على أن الجمع بين الظهر والعصر فى وقت الظهر بعرفة سنة ، وبين المغرب والعشاء بالمزدلفة أيضا فى وقت العشاء سنة أيضا . واختلفوا فى الجمع فى غير هذين المكانين ،

فأجازه الجمهور على اختلاف بينهم فى المواضع التى يجوز فيها من التى لايجوز ، ومنعه أبوحنيفة وأصحابه بإطلاق . وسبب اختلافهم أولا اختلافهم فى تأويل الآثار التى رويت فى الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لأنها كلها أفعال وليست أقوالا . والأفعال يتطرق إليها الاحتمال كثيرا أكثر من تطرقه إلى اللفظ . وثانيا اختلافهم أيضا فى تصحيح بعضها . وثالثا اختلافهم أيضا فى إجازة القياس فى ذلك فهى ثلاثة أسباب كما ترى . أما الآثار التى اختلفوا فى تأويلها ، فمنها حديث أنس الثابت باتفاق أخرجه البخارى ومسلم قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ، ثم نزل فجمع بينهما ، فإن زاغت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب » ومنها حديث ابن عمر أخرجه الشيخان أيضا قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا عجل به السير فى السفر يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء » والحديث الثالث حديث ابن عباس خرجه مالك ومسلم قال « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعا والمغرب والعشاء جميعا فى غير خوف ولا سفر » فذهب القائلون بجواز الجمع فى تأويل هذه الأحاديث إلى أنه أخر الظهر إلى وقت العصر المختص بها وجمع بينهما . وذهب الكوفيون إلى أنه إنما أوقع صلاة الظهر فى آخر وقتها وصلاة العصر فى أول وقتها على ما جاء فى حديث إمامة جبريل قالوا : وعلى هذا يصح حمل حديث ابن عباس لأنه قد انعقد الإجماع أنه لايجوز هذا فى الحضر لغير عذر : أعنى أن تصلى الصلاتان معا فى وقت إحداهما ، واحتجوا لتأويلهم أيضا بحديث ابن مسعود قال « والذى لاإله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط إلا فى وقتها إلا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة ، وبين المغرب والعشاء بجمع » قالوا : وأيضا فهذه الآثار محتملة أن تكون على ما تأولناه نحن أو تأولتموه أنتم . وقد صح توقيت الصلاة وتبيانها فى الأوقات ، فلا يجوز أن تنتقل عن أصل ثابت بأمر محتمل . وأما الأثر الذى اختلفوا فى تصحيحه ، فما رواه مالك من حديث معاذ بن جبل « أنهم أخرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك ، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، قال : فأخر الصلاة يوما ،

ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعا ، ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعا » وهذا الحديث لو صح لكان أظهر من تلك الأحاديث فى إجازة الجمع لأن ظاهره أنه قدم العشاء إلى وقت المغرب ، وإن كان لهم أن يقولوا إنه أخر المغرب إلى آخر وقتها وصلى العشاء فى أول وقتها لأنه ليس فى الحديث أمر مقطوع به على ذلك ، بل لفظ الراوى محتمل . وأما اختلافهم فى إجازة القياس فى ذلك فهو أن يلحق سائر الصلوات فى السفر بصلاة عرفة والمزدلفة ، أعنى أن يجاز الجمع قياسا على تلك ، فيقال مثلا : صلاة وجبت فى سفر ، فجاز أن تجمع أصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة ، وهو مذهب سالم بن عبد الله : أعنى جواز هذا القياس ، لكن القياس فى العبادات يضعف ، فهذه هى أسباب الخلاف الواقع فى جواز الجمع .

(وأما المسئلة الثانية) وهى صورة الجمع فاختلف فيه أيضا القائلون بالجمع أعنى فى السفر . فمنهم من رأى أن الاختيار أن تؤخر الصلاة الأولى وتصلى مع الثانية وإن جمعتا معا فى أول وقت الأولى جاز ، وهى إحدى الروايتين عن مالك ، ومنهم من سوى بين الأمرين : أعنى أن يقدم الآخرة إلى وقت الأولى أو يعكس الأمر وهو مذهب الشافعى وهى رواية أهل المدينة عن مالك ، والأولى رواية ابن القاسم عنه ، وإنما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لأنه الثابت من حديث أنس ، ومن سوّى بينهما فمصيرا إلى أنه لا يرجح بالعدالة : أعنى أنه لا تفضل عدالة عدالة فى وجوب العمل بها ، ومعنى هذا أنه إذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث أنس إذا كان رواة الحديثين عدولا ، وإن كان رواة أحد الحديثين أعدل .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى الأسباب المبيحة للجمع ، فاتفق القائلون بجواز الجمع على أن السفر منها ، واختلفوا فى الجمع فى الحضر وفى شروط السفر المبيح له ، وذلك أن السفر منهم من جعله سببا مبيحا للجمع أى سفر كان وبأى صفة كان ، ومنهم من اشترط فيه ضربا من السير ، ونوعا من أنواع السفر ، فأما الذى اشترط فيه ضربا من السير فهو مالك فى رواية ابن القاسم عنه ، وذلك أنه قال : لا يجمع المسافر إلا أن يجد به السير ، ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعى ، وهى إحدى الروايتين عن مالك ، ومن ذهب هذا المذهب

فإنما راعى قول ابن عمر « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا عجل به السير » الحديث . ومن لم يذهب هذا المذهب فإنما راعى ظاهر حديث أنس وغيره ، وكذلك اختلفوا كما قلنا فى نوع السفر الذى يجوز فيه الجمع . فمنهم من قال : هو سفر القربة كالحج والغزو ، وهو ظاهر رواية ابن القاسم . ومنهم من قال : هو السفر المباح دون سفر المعصية ، وهو قول الشافعى وظاهر رواية المدنيين عن مالك . والسبب فى اختلافهم فى هذا هو السبب فى اختلافهم فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة ، وإن كان هنالك التعميم ، لأن القصر نقل قولا وفعلا ، والجمع إنما نقل فعلا فقط ، فمن اقتصر به على نوع السفر الذى جمع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه فى غيره ، ومن فهم منه الرخصة للمسافر عداه إلى غيره من الأسفار . وأما الجمع فى الحضر لغير عذر ، فإن مالكا وأكثر الفقهاء لايجيزونه . وأجاز ذلك جماعة من أهل الظاهر وأشهب من أصحاب مالك . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم حديث ابن عباس ، فمنهم من تأوله على أنه كان فى مطر كما قال مالك . ومنهم من أخذ بعمومه مطلقا . وقد خرج مسلم زيادة فى حديثه ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « فى غير خوف ولا سفر ولامطر » وبهذا تمسك أهل الظاهر . وأما الجمع فى الحضر لعذر المطر فأجازه الشافعى ليلا كان أو نهارا ومنعه مالك فى النهار وأجازه فى الليل ، وأجازه أيضا فى الطين دون المطر فى الليل ، وقد عدل الشافعى مالكا فى تفريقه من صلاة النهار فى ذلك وصلاة الليل ، لأنه روى الحديث وتأوله : أعنى خصص عمومه من جهة القياس ، وذلك أنه قال فى قول ابن عباس « جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء فى غير خوف ولا سفر » أرى ذلك كان فى مطر قال : فلم يأخذ بعموم الحديث ولا بتأويله : أعنى تخصيصه ، بل رد بعضه وتأول بعضه ، وذلك شىء لايجوز بإجماع ، وذلك أنه لم يأخذ بقوله فيه « جمع بين الظهر والعصر » وأخذ بقوله «والمغرب والعشاء» وتأوله وأحسب أن مالكا رحمه الله إنما رد بعض هذا الحديث لأنه عارضه العمل ، فأخذ منه بالبعض الذى لم يعارضه العمل ، وهو الجمع فى الحضر بين المغرب والعشاء على ما روى أن ابن عمر كان إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء جمع معهم

لكن النظر فى هذا الأصل الذى هو العمل كيف يكون دليلا شرعيا فيه نظر ، فإن متقدمى شيوخ المالكية كانوا يقولون إنه من باب الإجماع ، وذلك لاوجه له ، فإن إجماع البعض لايحتج به ، وكان متأخروهم يقولون إنه من باب نقل التواتر ، ويحتجون فى ذلك بالصاع وغيره مما نقله أهل المدينة خلفا عن سلف ، والعمل إنما هو فعل والفعل لايفيد التواتر إلا أن يقترن بالقول فإن التواتر طريقة الخبر لاالعمل ، وبأن جعل الأفعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع ، والأشبه عندى أن يكون من باب عموم البلوى الذى يذهب إليه أبو حنيفة ، وذلك أنه لايجوز أن يكون أمثال هذه السنن مع تكررها وتكرر وقوع أسبابها غير منسوخة ، ويذهب العمل بها على أهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفا عن سلف ، وهو أقوى من عموم البلوى الذى يذهب إليه أبو حنيفة ، لأن أهل المدينة أحرى أن لايذهب عليهم ذلك من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم أبو حنيفة فى طريق النقل ، وبالجملة العمل لايشك أنه قرينة إذا اقترنت بالشىء المنقول إن وافقته أفادت به غلبة ظن وإن خالفته أفادت به ضعف ظن ، فأما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا ترد بها أخبار الآحاد الثابتة ففيه نظر ، وعسى أنها تبلغ فى بعض ولا تبلغ فى بعض لتفاضل الأشياء فى شدة عموم البلوى بها ، وذلك أنه كلما كانت السنة الحاجة إليها أمس وهى كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الآحاد من غير أن ينتشر قولا أو عملا فيه ضعف ، وذلك أنه يوجب ذلك أحد أمرين : إما أنها منسوخة ، وإما أن النقل فيه اختلال ، وقد بين ذلك المتكلمون كأبى المعالى وغيره . وأما الجمع فى الحضر للمريض فإن مالكا أباحه له إذا خاف أن يغمى عليه أو كان به بطن ومنع ذلك الشافعى . والسبب فى اختلافهم هو اختلافهم فى تعدى علة الجمع فى السفر : أعنى المشقة ، فمن طرد العلة رأى أن هذا من باب الأولى والأحرى ، وذلك أن المشقة على المريض فى إفراد الصلوات أشد منها على المسافر ، ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة : أى خاصة بذلك الحكم دون غيره لم يجز ذلك .

الباب الخامس من الجملة الثالثة
وهو القول فى صلاة الخوف

اختلف العلماء فى جواز صلاة الخوف بعد النبى عليه الصلاة والسلام وفى صفتها : فأكثر العلماء على أن صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى ـ وإذَا ضَرَبْتُمْ فى الأرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أنْ تَقْصُرُوا ـ الآية . ولما ثبت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وعمل الأئمة والخلفاء بعده بذلك . وشذ أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة فقال : لاتصلى صلاة الخوف بعد النبى صلى الله عليه وسلم بإمام واحد . وإنما تصلى بعده بإمامين يصلى واحد منهما بطائفة ركعتين ثم يصلى الآخر بطائفة أخرى وهى الحارسة ركعتين أيضا وتحرس التى قد صلت . والسبب فى اختلافهم هل صلاة النبى بأصحابه صلاة الخوف هى عبادة أو هى لمكان فضل النبى صلى الله عليه وسلم فمن رأى أنها عبادة لم ير أنها خاصة بالنبى عليه الصلاة والسلام . ومن رآها لمكان فضل النبى عليه الصلاة والسلام رآها خاصة بالنبى عليه الصلاة والسلام . وإلا فقد كان يمكننا أن ينقسم الناس على إمامين . وإنما كان ضرورة اجتماعهم على إمام واحد خاصة من خواص النبى عليه الصلاة والسلام وتأيد عنده هذا التأويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى ـ وإذَا كُنْتَ فِيهِمْ فأقَمْتَ لهُمْ الصَّلاةَ ـ الآية . ومفهوم الخطاب أنه إذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم . وقد ذهبت طائفة من فقهاء الشام إلى أن صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف إلى وقت الأمن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق . والجمهور على أن ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وأنه منسوخ بها . وأما صفة صلاة الخوف فإن العلماء اختلفوا فيها اختلافا كثيرا لاختلاف الآثار فى هذا الباب : أعنى المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الخوف . والمشهور من ذلك سبع صفات . فمن ذلك ما أخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عمن صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف أن طائفة صفت معه

وصفت طائفة وجاه العدو ، فصلى بالتي معه ركعة ، ثم ثبت قائما وأتموا لأنفسهم ثم انصرفوا وجاه العدو ، وجاءت الطائفة الأخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاتهم ، ثم ثبت جالسا وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم ، وبهذا الحديث قال الشافعي . وروى مالك هذا الحديث بعينه عن القاسم بن محمد عن صالح بن خوات موقوفا كمثل حديث يزيد بن رومان أنه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة ، واختار مالك هذه الصفة . فالشافعي آثر المسند على الموقوف ، ومالك آثر الموقوف لأنه أشبه بالأصول : أعني أن لايجلس [1] الإمام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لأن الإمام متبوع لامتبع وغير مختلف عليه . والصفة الثالثة ما ورد في حديث أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه ، رواه الثوري وجماعة وخرجه أبو داود قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلوا العدوا . فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقفوا بإزاء العدو . ثم جاء الآخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لأنفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا ، فقاموا مقام أولئك مستقبلي العدو . ورجع أولئك إلى مراتبهم فصلوا لأنفسهم ركعة ثم سلموا » وبهذه الصفة قال أبوحنيفة وأصحابه ما خلا أبا يوسف على ما تقدم . والصفة الرابعة الواردة في حديث أبي عياش الزرقي قال « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد بن الوليد ، فصلينا الظهر . فقال المشركون : لقد أصبنا غفلة لو كنا حملنا عليهم وهم في الصلاة ، فأنزل الله آية القصر بين الظهر والعصر . فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون أمامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر ، فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعا ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الآخر يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الآخرون الذين كانوا خلفه ثم تأخر الصف الذي يليه إلى مقام الآخرين . وتقدم الصف الآخر إلى مقام الصف الأول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعا ، ثم سجد وسجد

---

(١) قوله يجلس لعله يسلم كما يظهر من سابقه اه مصححه .

الصف الذى يليه ، وقام الآخرون يحرسونهم ، فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذى يليه سجد الآخرون ثم جلسوا جميعا فسلم بهم جميعا » وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلاها يوم بنى سليم . قال أبو داود : وروى هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد ، وعن أبى موسى وعن هشام ابن عروة عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم . قال : وهو قول الثورى وهو أحوطها يريد أنه ليس فى هذه الصفة كبير عمل مخالف لأفعال الصلاة المعروفة ، وقال بهذه الصفة جملة من أصحاب مالك وأصحاب الشافعى ، وخرجها مسلم عن جابر . وقال جابر : كما يصنع حرسكم هؤلاء بأمرائكم . والصفة الخامسة الواردة فى حديث حذيفة قال ثعلبة بن زهدم قال كنا مع سعيد بن العاصى بطبرستان ، فقام فقال : أيكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف ؟ قال حذيفة : أنا ، فصلى بهؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيئا » وهذا مخالف للأصل مخالفة كثيرة . وخرج أيضا عن ابن عباس فى معناه أنه قال « الصلاة على لسان نبيكم فى الحضر أربع وفى السفر ركعتان وفى الخوف ركعة واحدة » وأجاز هذه الصفة الثورى . والصفة السادسة الواردة فى حديث أبى بكرة وحديث جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين . وبه كان يفتى الحسن ، وفيه دليل على اختلاف نية الإمام والمأموم لكونه متما ، وهم مقصرون ، خرجه مسلم عن جابر . والصفة السابعة الواردة فى حديث ابن عمر عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه كان إذا سئل عن صلاة الخوف قال : يتقدم الإمام وطائفة من الناس فيصلى بهم ركعة . وتكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا ، فإذا صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا معه ولا يسلمون . ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ، ثم ينصرف الإمام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصلون لأنفسهم ركعة ركعة بعد أن ينصرف الإمام فتكون كل واحدة من الطائفتين قد صلت ركعتين ، فإن كان خوف أشد من ذلك صلوا رجالا قياما على أقدامهم ، أو ركبانا مستقبلى القبلة أو غير مستقبليها . وممن قال بهذه الصفة أشهب عن مالك وجماعة . وقال أبو عمر : الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا أنه ورد بنقل الأئمة أهل المدينة وهم الحجة

فى النقل على من خالفهم ، وهى أيضا مع هذا أشبه بالأصول ، لأن الطائفة الأولى والثانية لم يقضوا الركعة إلا بعد خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجتمع عليها فى سائر الصلوات ، وأكثر العلماء على ماجاء فى هذا الحديث من أنه إذا اشتد الخوف جاز أن يصلوا مستقبلى القبلة وغير مستقبليها ، وإيماء من غير ركوع ولا سجود ؛ وخالف فى ذلك أبو حنيفة فقال : لايصلى الخائف إلا إلى القبلة ، ولايصلى أحد فى حال المسايفة . وسبب الخلاف فى ذلك مخالفة هذا الفعل للأصول ، وقد رأى قوم أن هذه الصفات كلها جائزة ، وأن للمكلف أن يصلى أيتها أحب ، وقد قيل : إن هذا الاختلاف إنما كان بحسب اختلاف المواطن .

الباب السادس من الجملة الثالثة فى صلاة المريض

أجمع العلماء على أن المريض مخاطب بأداء الصلاة ، وأنه يسقط عنه فرض القيام إذا لم يستطعه ويصلى جالسا ، وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود إذا لم يستطعهما أو أحدهما ويومئ مكانهما . واختلفوا فيمن له أن يصلى جالسا وفى هيئة الجلوس وفى هيئة الذى لايقدر على الجلوس ولا على القيام ، فأما من له أن يصلى جالسا فإن قوما قالوا : هذا الذى لايستطيع القيام أصلا ، وقوم قالوا هو الذى يشق عليه القيام من المرض ، وهو مذهب مالك . وسبب اختلافهم هو : هل يسقط فرض القيام مع المشقة أو مع عدم القدرة ؟ وليس فى ذلك نص . وأما صفة الجلوس فإن قوما قالوا : يجلس متربعا : أعنى الجلوس الذى هو بدل من القيام ، وكره ابن مسعود الجلوس متربعا ، فمن ذهب إلى التربيع فلا فرق بينه وبين جلوس التشهد ، ومن كرهه فلأنه ليس من جلوس الصلاة . وأما صفة صلاة الذى لايقدر على القيام ولا على الجلوس ، فإن قوما قالوا يصلى مضطجعا ، وقوم قالوا : يصلى كيفما تيسر له ؛ وقوم قالوا : يصلى مستقبلا رجلاه إلى الكعبة ، وقوم قالوا : إن لم يستطع الجلوس صلى على جنبه ، فإن لم يستطع على جنبه صلى مستلقيا ورجلاه إلى القبلة على قدر طاقته ، وهو الذى اختاره ابن المنذر .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة تشتمل من أفعال الصلاة على التى ليست

أداء ، وهذه هي إما إعادة وإما قضاء وإما جبر لما زاد أو نقص بالسجود فقي هذه الجملة إذًا ثلاثة أبواب . الباب الأول : في الإعادة . الباب الثاني : في القضاء . الباب الثالث : في الجبران الذي يكون بالسجود .

الباب الأول في الإعادة

وهذا الباب الكلام فيه في الأسباب التي تقتضي الإعادة ، وهي مفسدات الصلاة . واتفقوا على أن من صلى بغير طهارة أنه يجب عليه الإعادة عمدا كان أو نسيانا ، وكذلك من صلى لغير القبلة عمدا كان ذلك أو نسيانا .

وبالجملة فكل من أخل بشرط من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الإعادة وإنما يختلفون من أجل اختلافهم في الشروط المصححة .

(وهاهنا مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها) فنها أنهم اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة ، واختلفوا هل يقتضي الإعادة من أولها إذا كان قد ذهب منها ركعة أو ركعتان قبل طرو الحدث أم يبنى على ما قد مضى من الصلاة ، فذهب الجمهور إلى أنه لا يبني لا في حدث ولا في غيره مما يقطع الصلاة إلا في الرعاف فقط . ومنهم من رأى أنه لا يبني لا في الحدث ولا في الرعاف ، وهو الشافعي ، وذهب الكوفيون إلى أنه يبني في الأحداث كلها . وسبب اختلافهم أنه لم يرد في جواز ذلك أثر عن النبي عليه الصلاة والسلام ، وإنما صح عن ابن عمر أنه رعف في الصلاة فبنى ولم يتوضأ ، فمن رأى أن هذا الفعل من الصحابي يجرى مجرى التوقيف إذ ليس يمكن أن يفعل مثل هذا بقياس أجاز هذا الفعل ، ومن كان عنده من هؤلاء أن الرعاف ليس بحدث أجاز البناء في الرعاف فقط ولم يعده لغيره ، وهو مذهب مالك ، ومن كان عنده أنه حدث أجاز البناء في سائر الأحداث قياسا على الرعاف ، ومن رأى أن مثل هذا لا يجب أن يصار إليه إلا بتوقيف من النبي عليه الصلاة والسلام إذ قد انعقد الإجماع على أن المصلي إذا انصرف إلى غير القبلة أنه قد خرج من الصلاة ، وكذلك إذا فعل فيها فعلا كثيرا لم يجز البناء لا في الحدث ولا في الرعاف .

(المسألة الثانية) اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مرور شيء بين يدى المصلى إذا صلى لغير سترة أو مر بينه وبين السترة ؟ فذهب الجمهور إلى أنه لايقطع الصلاة شيء ، وأنه ليس عليه إعادة ، وذهبت طائفة إلى أنه يقطع الصلاة : المرأة والحمار والكلب الأسود . وسبب هذا الخلاف معارضة القول للفعل ، وذلك أنه خرج مسلم عن أبى ذر أنه عليه الصلاة والسلام قال « يَقْطَعُ الصَّلاةَ المَرأةُ والحِمارُ والكَلْبُ الأسْوَدُ »وخرج مسلم والبخارى عن عائشة أنها قالت « لقد رأيتنى بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم معترضة كاعتراض الجنازة وهو يصلى » وروى مثل قول الجمهور عن على وعن أبيٍّ ، ولا خلاف بينهم فى كراهية المرور بين يدى المنفرد والإمام إذا صلى لغير سترة أو مر بينه وبين السترة ، ولم يروا بأسا أن يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأسا أن يمر بين يدى المأموم لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال « أقبلت راكبا على أتان وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس ، فمررت بين يدى بعض الصفوف ، فنزلت وأرسلت الأتان ترتع ودخلت فى الصف ، فلم ينكر علىَّ ذلك أحد» وهذا عندهم يجرى مجرى المسند ، وفيه نظر ، وإنما اتفق الجمهور على كراهية المرور بين يدى المصلى ؛ لما جاء فيه من الوعيد فى ذلك ، ولقوله عليه الصلاة والسلام فيه « فَلْيُقاتِلْهُ فإنَّمَا هُوَ شَيْطانٌ » .

(المسألة الثالثة) اختلفوا فى النفخ فى الصلاة على ثلاثة أقوال : فقوم كرهوه ولم يروا الإعادة على من فعله ، وقوم أوجبوا الإعادة على من نفخ ، وقوم فرقوا بين أن يسمع أولايسمع . وسبب اختلافهم تردد النفخ بين أن يكون كلاما أو لايكون كلاما .

(المسألة الرابعة) اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة ، واختلفوا فى التبسم وسبب اختلافهم تردد التبسم بين أن يلحق بالضحك أو لايلحق به .

(المسألة الخامسة) اختلفوا فى صلاة الحاقن ، فأكثر العلماء يكرهون أن يصلى الرجل وهو حاقن ، لما روى من حديث زيد بن أرقم قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذَا أرَادَ أحَدُكُمُ الغائِطَ فلْيَبْدأْ بِهِ قَبْلَ الصَّلاةِ » ولما روى عن عائشة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه

قال « لايُصَلّى أحَدُكُم بِحَضْرَةِ الطَّعامِ ولاوَهُوَ يُدافِعُهُ الأخْبَثانِ » يعنى الغائط والبول . ولما ورد من النهى عن ذلك عن عمر أيضا ، وذهب قوم إلى أن صلاته فاسدة ، وأنه يعيد . وروى ابن القاسم عن مالك مايدل على أن صلاة الحاقن فاسدة ، وذلك أنه روى عنه أنه أمره بالإعادة فى الوقت وبعد الوقت . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى النهى ، هل يدل على فساد المنهى عنه أم ليس يدل على فساده ؟ وإنما يدل على تأثيم من فعله فقط إذا كان أصل الفعل الذى تعلق النهى به واجبا أو جائزا ، وقد تمسك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون ، منهم من يجعله عن ثوبان ، ومنهم من يجعله عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ أنْ يُصَلِّى وَهُوَ حاقِنٌ جِدًّا » قال أبو عمر بن عبد البر : هو حديث ضعيف السند لا حجة فيه .

(المسئلة السادسة) اختلفوا فى رد سلام المصلى على من سلم عليه ، فرخصت فيه طائفة منهم سعيد بن المسيب والحسن بن أبى الحسن البصرى وقتادة . ومنع ذلك قوم بالقول وأجازوا الرد بالإشارة ، وهو مذهب مالك والشافعى ، ومنع آخرون رده بالقول والإشارة ، وهو مذهب النعمان ، وأجاز قوم الرد فى نفسه ، وقوم قالوا يرد إذا فرغ من الصلاة . والسبب فى اختلافهم : هل رد السلام من نوع التكلم فى الصلاة المنهى عنه أم لا ؟ فمن رأى أنه من نوع الكلام المنهى عنه ، وخصص الأمر برد السلام فى قوله تعالى ـ وإذا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأحْسَنَ مِنْها ـ الآية بأحاديث النهى عن الكلام فى الصلاة قال : لا يجوز الرد فى الصلاة ، ومن رأى أنه ليس داخلا فى الكلام المنهى عنه ، أو خصص أحاديث النهى بالأمر برد السلام أجازه فى الصلاة . قال أبو بكر بن المنذر ، ومن قال لا يرد ولا يشير فقد خالف السنة ، فإنه قد أخبر حبيب أن النبى عليه الصلاة والسلام رد على الذين سلموا عليه وهو فى الصلاة باشارة .

الباب الثانى فى القضاء

والكلام فى هذا الباب على من يجب القضاء ، وفى صفة أنواع القضاء وفى شروطه ، فأما على من يجب القضاء ؟ فاتفق المسلمون على أنه يجب على الناسى والنائم ، واختلفوا فى العامد والمغمى عليه ، وإنما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناسى والنائم لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام وفعله : وأعنى بقوله عليه الصلاة والسلام « رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاثٍ » فذكر النائم وقوله « إذَا نامَ أحَدُكُمْ عَنِ الصَّلاةِ أوْ نَسِيَها فلْيُصَلِّهَا إذَا ذَكَرَهَا » وما روى أنه نام عن الصلاة حتى خرج وقتها فقضاها . وأما تاركها عمدا حتى يخرج الوقت ، فإن الجمهور على أنه آثم ، وأن القضاء عليه واجب وذهب بعض أهل الظاهر إلى أنه لايقضى وأنه آثم ، وأحد من ذهب إلى ذلك أبو محمد بن حزم . وسبب اختلافهم اختلافهم فى شيئين : أحدهما فى جواز القياس فى الشرع . والثانى فى قياس العامد على الناسى إذا سلم جواز القياس . فمن رأى أنه إذا وجب القضاء على الناسى الذى قد عذره الشرع فى أشياء كثيرة ، فالمتعمد أحرى أن يجب عليه لأنه غير معذور أوجب القضاء عليه ، ومن رأى أن الناسى والعامد ضدان : والأضداد لايقاس بعضها على بعض إذ أحكامها مختلفة ، وإنما تقاس الأشباه ، لم يجز قياس العامد على الناسى ، والحق فى هذا أنه إذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغا . وأما إن جعل من باب الرفق بالناسى والعذر له وأن لايفوته ذلك الخير ، فالعامد فى هذا ضد الناسى ، والقياس غير سائغ لأن الناسى معذور والعامد غير معذور ، والأصل أن القضاء لايجب بأمر الأداء ، وإنما يجب بأمر مجدد على ما قال المتكلمون ، لأن القاضى قد فاته أحد شروط التمكن من وقوع الفعل على صحته ، وهو الوقت إذ كان شرطا من شروط الصحة والتأخير عن الوقت فى قياس التقديم عليه ، لكن قد ورد الأثر بالناسى والنائم وتردد العامد بين أن يكون شبيها أو غير شبيه ، والله الموفق للحق . وأما المغمى عليه ، فإن قوما أسقطوا عنه القضاء فيما ذهب وقته ، وقوم أوجبوا عليه

القضاء . ومن هؤلاء من اشترط القضاء فى عدد معلوم ، وقالوا : يقضى فى الخمس فما دونها . والسبب فى اختلافهم تردده بين النائم والمجنون ، فمن شبهه بالنائم أوجب عليه القضاء ، ومن شبهه بالمجنون أسقط عنه الوجوب .

وأما صفة القضاء ، فإن القضاء نوعان : قضاء لجملة الصلاة ، وقضاء لبعضها . أما قضاء الجملة فالنظر فيه فى صفة القضاء وشروطه ووقته . فأما صفة القضاء فهى بعينها صفة الأداء إذا كانت الصلاتان فى صفة واحدة من الفرضية وأما إذا كانت فى أحوال مختلفة مثل أن يذكر صلاة حضرية فى سفر أو صلاة سفرية فى حضر ، فاختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال : فقوم قالوا : إنما يقضى مثل الذى عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر ، وهو مذهب مالك وأصحابه ، وقوم قالوا : إنما يقضى أبدا أربعا سفرية كانت المنسية أو حضرية ، فعلى رأى هؤلاء إن ذكر فى السفر حضرية صلاها حضرية ، وإن ذكر فى الحضر سفرية صلاها حضرية وهو مذهب الشافعى . وقال قوم : إنما يقضى أبدا فرض الحال التى هو فيها فيقضى الحضرية فى السفر سفرية ، والسفرية فى الحضر حضرية ، فمن شبه القضاء بالأداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياسا على المريض يتذكر صلاة نسيها فى الصحة أو الصحيح يتذكر صلاة نسيها فى المرض : أعنى أن فرضه هو فرض الصلاة فى الحال الحاضرة ، ومن شبه القضاء بالديون أوجب للمقضية صفة المنسية . وأما من أوجب أن يقضى أبدا حضرية ، فراعى الصفة فى إحداهما والحال فى الأخرى ، أعنى أنه إذا ذكر الحضرية فى السفر راعى صفة المقضية ، وإذا ذكر السفرية فى الحضر راعى الحال ؛ وذلك اضطراب جار على غير قياس إلا أن يذهب مذهب الاحتياط ، وذلك يتصور فيمن يرى القصر رخصة .

(وأما شروط القضاء ووقته) فإن من شروطه الذى اختلفوا فيه الترتيب وذلك أنهم اختلفوا فى وجوب الترتيب فى قضاء المنسيات : أعنى بوجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت ، وترتيب المنسيات بعضها مع بعض إذا كانت أكثر من صلاة واحدة ، فذهب مالك إلى أن الترتيب واجب فيها فى الخمس صلوات فما دونها ، وأنه يبدأ بالمنسية وإن فات وقت الحاضرة حتى أنه قال : إن ذكر المنسية وهو فى الحاضرة فسدت الحاضرة عليه ، ويمثل

ذلك قال أبو حنيفة والثورى إلا أنهم رأو الترتيب واجبا مع اتساع وقت الحاضرة ، واتفق هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان . وقال الشافعى لا يجب الترتيب ، وإن فعل ذلك إذا كان فى الوقت متسع فحسن يعنى فى وقت الحاضرة . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب واختلافهم فى تشبيه القضاء بالأداء . فأما الآثار فإنه ورد فى ذلك حديثان متعارضان : أحدهما ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « مَنْ نَسِيَ صَلاةً وَهُوَ مَعَ الإمام فى أُخْرَى فليُصَلِّ مَعَ الإمامِ ، فإذَا فَرَغَ مِنْ صَلاتِهِ فليُعِدِ الصَّلاةِ الَّتِى نَسِيَ ثُمَّ لِيُعِدِ الصَّلاةَ الَّتِى صلَّى مَعَ الإمامِ » وأصحابُ الشافعى يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « إذَا نَسِيَ أحَدُكُمْ صَلاةً فَذَكَرَها وَهَوَ فى صَلاةٍ مَكْتُوبَةٍ فليُتِمَّ الَّتِى هُوَ فِيها ، فإذَا فَرَغَ مِنْها قَضَى الَّتِى نَسِيَ » والحديث الصحيح فى هذا الباب هو ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام « إذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها » الحديث . وأما اختلافهم فى جهة تشبيه القضاء بالأداء فإن من رأى أن الترتيب فى الأداء إنما لزم من أجل أنّ أوقاتها المختصة بصلاة منها هى مرتبة فى نفسها إذ كان الزمان لا يعقل إلا مرتبا لم يلحق بها القضاء ، لأنه ليس للقضاء وقت مخصوص ومن رأى أن الترتيب فى الصلوات المؤداة هو فى الفعل وإن كان الزمان واحداً مثل الجمع بين الصلاتين فى وقت إحداهما ، شبه القضاء بالأداء . وقد رأت المالكية أن توجب الترتيب للمقضية من جهة الوقت لا من جهة الفعل لقوله عليه الصلاة والسلام : « فليصلها إذا ذكرها » قالوا : فوقت المنسية وهو وقت الذكر ، ولذلك وجب أن تفسد عليه الصلاة التى هو فيها فى ذلك الوقت ، وهذا لا معنى له لأنه إن كان وقت الذكر وقتا للمنسية فهو بعينه أيضا وقت للحاضرة أو وقت للمنسيات إذا كانت أكثر من صلاة واحدة ، وإذا كان الوقت واحدا فلم يبق أن يكون الفساد الواقع فيها إلا من قبل الترتيب بينها كالترتيب الذى يوجد فى أجزاء الصلاة الواحدة فإنه ليس

إحدى الصلاتين أحق بالوقت من صاحبتها إذ كان وقتاً لكليهما إلا آن يقوم دليل الترتيب ، وليس ههنا عندى شيء يمكن أن يجعل أصلا فى هذا الباب لترتيب المنسيات إلا الجمع عند من سلمه ، فإن الصلوات المؤادة أو قاتها مختلفة والترتيب فى القضاء إنما يتصور فى الوقت الواحد بعينه للصلاتين معا ، فافهم هذا فإن فيه غموضا . وأظن مالكا رحمه الله إنما قاس ذلك على الجمع وإنما صار الجميع إلى استحسان الترتيب فى المنسيات إذا لم يخف فوات الحاضرة لصلاته عليه الصلاة والسلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتبة ، وقد احتج بهذا من أوجب القضاء على العامد . ولا معنى لهذا . فإن هذا منسوخ ، وأيضا فإنه كان تركا لعذر وأما التحديد فى الخمس فما دونها فليس له وجه إلا أن يقال : إنه إجماع . فهذا حكم القضاء الذى يكون فى فوات جملة الصلاة ، وأما القضاء الذى يكون فى فوات بعض الصلوات ، فمنه ما يكون سببه النسيان ، ومنه ما يكون سببه سبق الإمام للمأموم : أعنى أن يفوت المأموم بعض صلاة الإمام . فأما إذا فات المأموم بعض الصلاة . فإن فيه مسائل ثلاثا قواعد : إحداها متى تفوت الركعة والثانية هل إتيانه بما فاته بعد صلاة الإمام أداء أو قضاء . والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الإمام ومتى لا يلزمه ذلك . أما متى تفوته الركعة . فإن فى ذلك مسألتين : إحداهما إذا دخل والإمام قد أهوى إلى الركوع . والثانية إذا كان مع الإمام فى الصلاة . فسها أن يتبعه فى الركوع أو منعه ذلك ما وقع من زحام أو غيره .

(أما المسئلة الأولى) فإن فيها ثلاثة أقوال : أحدها وهو الذى عليه الجمهور أنه إذا أدرك الإمام قبل أن يرفع رأسه من الركوع وركع معه فهو مدرك للركعة وليس عليه قضاؤها . وهؤلاء اختلفوا : هل من شرط هذا الداخل أن يكبر تكبيرتين تكبيرة للإحرام وتكبيرة للركوع أو يجزيه تكبيرة الركوع ؟. وإن كانت تجزيه فهل من شرطها أن ينوى بها تكبيرة الإحرام أم ليس ذلك من شرطها ؟ فقال بعضهم : بل تكبيرة واحدة تجزيه إذا نوى بها تكبيرة الافتتاح . وهو مذهب مالك والشافعى . والاختيار عندهم تكبيرتان . وقال قوم : لابد من تكبيرتين ، وقال قوم تجزى واحدة وإن لم ينوبها تكبيرة الافتتاح . والقول الثانى أنه إذا ركع الإمام فقد فاتته الركعة ، وأنه لا يدركها مالم يدركه

قائما وهو منسوب إلى أبي هريرة . والقول الثالث أنه إذا انتهى إلى الصف الآخر وقد رفع الإمام رأسه ولم يرفع بعضهم ، فأدرك ذلك أنه يجزيه لأن بعضهم أئمة لبعض ، وبه قال الشعبي . وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين أن يدل على الفعل نفسه الذى هو الانحناء فقط ، أو على الانحناء والوقوف معا ، وذلك أنه قال عليه الصلاة والسلام: « من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة » قال ابن المنذر : ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . فمن كان اسم الركعة ينطلق عنده على القيام والانحناء معا قال : إذا فاته قيام الإمام فقد فاتته الركعة ، ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل إدراك الانحناء إدراكا للركعة . والاشتراك الذى عرض لهذا الاسم إنما هو من قبل تردده بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى ، وذلك أن اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء، وينطلق شرعا على القيام والركوع والسجود فمن رأى أن اسم الركعة ينطلق فى قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ أدْرَكَ رَكْعَةً » على الركعة الشرعية ولم يذهب مذهب الآخذ ببعض ما تدل عليه الأسماء قال : لابد أن يدرك مع الإمام الثلاثة الأحوال أعنى : القيام . والانحناء ، والسجود . ويحتمل أن يكون من ذهب إلى اعتبار الانحناء فقط أن يكون اعتبر أكثر ما يدل عليه الاسم ههنا لأن من أدرك الانحناء فقد أدرك منها جزأين . ومن فاته الانحناء إنما أدرك منها جزءا واحدا فقط . فعلى هذا يكون الخلاف آيلا إلى اختلافهم فى الأخذ ببعض دلالة الأسماء أو بكلها . فالخلاف يتصور فيها من الوجهين جميعا . وأما من اعتبر ركوع من فى الصف من المأمومين فلأن الركعة من الصلاة قد تضاف إلى الإمام فقط . وقد تضاف إلى الإمام والمأمومين . فسبب الاختلاف هو الاحتمال فى هذه الإضافة : أعنى قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ أدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصَّلاةِ » وما عليه الجمهور أظهر . وأما اختلافهم فى : هل تجزيه تكبيرة واحدة أو تكبيرتان ؟ أعنى المأموم إذا دخل فى الصلاة والإمام راكع . فسببه هل من شرط تكبيرة الإحرام أن يأتى بها واقفا أم لا ؟ فمن رأى أن من شرطها الموضع الذى تفعل فيه تعلقا بالفعل أعنى فعله عليه الصلاة والسلام . وكان يرى أن التكبير كله فرض قال : لابد من تكبيرتين . ومن رأى أنه ليس من

شرطها الموضع .تعلقا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « وتحريمها التكبير » وكان عنده أن تكبيرة الإحرام هى فقط الفرض قال : يجزيه أن يأتى بها وحدها . وأما من أجاز أن يأتى بتكبيرة واحدة ولم ينوبها تكبيرة الإحرام ، فقيل يبنى على مذهب من يرى أن تكبيرة الإحرام ليست بفرض ، وقيل إنما يبنى على مذهب من يجوّز تأخير نية الصلاة عن تكبيرة الإحرام ، لأنه ليس معنى أن ينوى تكبيرة الإحرام إلا مقارنة النية للدخول فى الصلاة ، لأن تكبيرة الإحرام لها وصفان : النية المقارنة . والأولية : أعنى وقوعها فى أول الصلاة ، فمن اشترط الوصفين قال : لابد من النية المقارنة : ومن اكتفى بالصفة الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة ، وإن لم تقارنها النية .

(وأما المسئلة الثانية) وهى إذا سها عن اتباع الإمام فى الركوع حتى سجد الإمام ، فإن قوماً قالوا : إذا فاته إدراك الركوع معه ، فقد فاتته الركعة ووجب عليه قضاؤها ، وقوم قالوا : يعتد بالركعة إذا أمكنه أن يتم من الركوع قبل أن يقوم الإمام إلى الركعة الثانية ، وقوم قالوا : يتبعه ويعتد بالركعة ما لم يرفع الإمام رأسه من الانحناء فى الركعة الثانية . وهذا الاختلاف موجود لأصحاب مالك ، وفيه تفصيل واختلاف بينهم بين أن يكون عن نسيان أو أن يكون عن زحام ، وبين أن يكون فى جمعة أو فى غير جمعة ، وبين اعتبار أن يكون المأموم عرض له هذا فى الركعة الأولى أو فى الركعة الثانية ، وليس قصدنا تفصيل المذهب ولا تخريجه ، وإنما الغرض الإشارة إلى قواعد المسائل وأصولها ، فنقول : إن سبب الاختلاف فى هذه المسئلة هو : هل من شرط فعل المأموم أن يقارن فعل الإمام ، أو ليس من شرطه ذلك ؟ وهل هذا الشرط هو فى جميع أجزاء الركعة الثلاثة ؟ أعنى القيام والانحناء والسجود أم إنما هو شرط فى بعضها ؟ ومتى يكون إذا لم يقارن فعله فعل الإمام اختلافا عليه : أعنى أن يفعل هو فعلا والإمام فعلا ثانيا ، فمن رأى أنه شرط فى كل جزء من أجزاء الركعة الواحدة : أعنى أن يقارن فعل المأموم فعل الإمام ، وإلا كان اختلافا عليه ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « فلا تختلفوا عليه » قال : متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزأ يسيرا لم يعتد بالركعة ، ومن اعتبره فى بعضها

قال : هو مدرك للركعة إذا أدرك فعل الركعة قبل أن يقوم إلى الركعة الثانية ، وليس ذلك اختلافا عليه ، فإذا قام إلى الركعة الثانية فإن اتبعه فقد اختلف عليه فى الركعة الأولى . وأما من قال إنه يتبعه ما لم ينحن فى الركعة الثانية ، فإنه رأى أنه ليس من شرط فعل المأموم أن يقارن بعضه بعض فعل الإمام ولا كله وإنما من شرطه أن يكون بعده فقط . وإنما اتفقوا على أنه إذا قام من الانحناء فى الركعة الثانية أنه لايعتد بتلك الركعة إن اتبعه فيها ، لأنه يكون فى حكم الأولى والإمام فى حكم الثانية ، وذلك غاية الاختلاف عليه .

(وأما المسئلة الثانية) من المسائل الثلاث الأول التى هى أصول هذا الباب وهى : هل إتيان المأموم بما فاته من الصلاة مع الإمام أداء أو قضاء ؟ فإن فى ذلك ثلاثة مذاهب ، قوم قالوا : إن ما يأتى به بعد سلام الإمام هو قضاء وإن ما أدرك ليس هو أول صلاته . وقوم قالوا : إن الذى يأتى به بعد سلام الإمام هو أداء ، وإن ما أدرك هو أول صلاته . وقوم فرقوا بين الأقوال والأفعال فقالوا : يقضى فى الأقوال يعنون فى القراءة ، ويبنى فى الأفعال يعنون الأداء . فمن أدرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الأول : أعنى مذهب القضاء قام إذا سلم الإمام إلى ركعتين يقرأ فيهما بأم القرآن وسورة من غير أن يجلس بينهما ، وعلى المذهب الثانى : أعنى على البناء قام إلى ركعة واحدة يقرأ فيها بأم القرآن وسورة ويجلس ، ثم يقوم إلى ركعة يقرأ فيها بأم القرآن فقط ، وعلى المذهب الثالث يقوم إلى ركعة فيقرأ فيها بأم القرآن وسورة ، ثم يجلس ثم يقوم إلى ركعة ثانية يقرأ فيها أيضا بأم القرآن وسورة ، وقد نسبت الأقاويل الثلاثة إلى المذهب ، والصحيح عن مالك أنه يقضى فى الأقوال ويبنى فى الأفعال لأنه لم يختلف قوله فى المغرب إنه إذا أدرك منها ركعة أنه يقوم إلى الركعة الثانية ثم يجلس ، ولا اختلاف فى قوله إنه يقضى بأم القرآن وسورة وسبب اختلافهم أنه ورد فى بعض روايات الحديث المشهور « فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا » والإتمام يقتضى أن يكون ماأدرك هو أول صلاته وفى بعض رواياته « فما أدركتم فصلوا ومافاتكم فاقضوا » والقضاء يوجب أن ما أدرك هو آخر صلاته ؛ فمن ذهب مذهب الإتمام قال : ما أدرك هو أول صلاته ؛ ومن ذهب مذهب القضاء قال : ما أدرك هو آخر صلاته ؛ ومن ذهب

مذهب الجمع جعل القضاء فى الأقوال والأداء فى الأفعال ، وهو ضعيف : أعنى أن يكون بعض الصلاة أداء وبعضها قضاء ، واتفاقهم على وجوب الترتيب فى أجزاء الصلاة ، وعلى أن موضع تكبيرة الإحرام هو افتتاح الصلاة ، ففيه دليل واضح على أن ما أدرك هو أول صلاته لكن تختلف نية المأموم والإمام فى الترتيب فتأمل هذا ، ويشبه أن يكون هذا هو أحد ما راعاه من قال : ما أدرك فهو آخر صلاته .

(وأما المسئلة الثالثة) من المسائل الأول ، وهى متى يلزم المأموم حكم صلاة الإمام فى الاتباع ؟ فإن فيها مسائل : إحداها متى يكون مدركا لصلاة الجمعة . والثانية : متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو : أعنى سهو الإمام . والثالثة : متى يلزم المسافر الداخل وراء إمام يتم الإتمام إذا أدرك من صلاة الإمام بعضها .

(فأما المسئلة الأولى) فإن قوما قالوا : إذا أدرك ركعة من الجمعة فقد أدرك الجمعة ، ويقضى ركعة ثانية ، وهو مذهب مالك والشافعى ، فإن أدرك أقل صلى ظهرا أربعا . وقوم قالوا : بل يقضى ركعتين أدرك منها ما أدرك ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وسبب الخلاف فى هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه الصلاة والسلام : « ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا » وبين مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : « من أدرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصَّلاةِ فَقَدْ أدْرَكَ الصَّلاةَ » فإنه من صار إلى عموم قوله عليه الصلاة والسلام « ومافاتكم فأتموا » أوجب أن يقضى ركعتين وإن أدرك منها أقل من ركعتين ومن كان المحذوف عنده فى قوله عليه الصلاة والسلام « فقد أدرك الصلاة » أى فقد أدرك حكم الصلاة وقال : دليل الخطاب يقتضى أن من أدرك أقل من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمحذوف فى هذا القول محتمل ، فإنه يمكن أن يراد به فضل الصلاة ، ويمكن أن يراد به وقت الصلاة ، ويمكن أن يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا المجاز فى أحدهما أظهر منه فى الثانى . فإن كان الأمر كذلك كان من باب المجمل الذى لا يقتضى حكما ، وكان الآخر بالعموم أولى ، وإن سلمنا أنه أظهر فى أحد هذه المحذوفات وهو مثلا الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر

معارضا للعموم ، إلا من باب دليل الخطاب ، والعموم أقوى من دليل الخطاب عند الجميع ، ولا سيما الدليل المبنى على المحتمل أو الظاهر . وأما من يرى أن قوله عليه الصلاة والسلام « فقد أدرك الصلاة » أنه يتضمن جميع هذه المحذوفات فضعيف وغير معلوم من لغة العرب ، إلا أن يتقرر أن هناك اصطلاحا عرفيا أو شرعيا .

وأما مسئلة اتباع المأموم للإمام فى السجود : أعنى فى سجود السهو فإن قوما اعتبروا فى ذلك الركعة : أعنى أن يدرك من الصلاة معه ركعة ، وقوم لم يعتبروا ذلك ، فمن لم يعتبر ذلك فصيرا إلى عموم قوله عليه الصلاة والسلام « إنما جعل الإمام ليؤتم به » ومن اعتبر ذلك فصيرا إلى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « فقد أدرك الصلاة » ولذلك اختلفوا فى المسئلة الثالثة فقال قوم : إن المسافر إذا أدرك من صلاة الإمام الحاضر أقل من ركعة لم يتم ، وإذا أدرك ركعة لزمه الإتمام ، فهذا حكم القضاء الذى يكون لبعض الصلاة من قبل سبق الإمام له .

وأما حكم القضاء لبعض الصلاة الذى يكون للإمام والمنفرد من قبل النسيان ، فإنهم اتفقوا على أن ما كان منها ركنا فهو يقضى : أعنى فريضة ، وأنه ليس يجزى منه إلا الإتيان به ، وفيه مسائل اختلفوا فيها ، بعضهم أوجب فيها القضاء وبعضهم أوجب فيها الإعادة ، مثل من نسى أربع سجدات من أربع ركعات سجدة من كل ركعة ، فإن قوما قالوا : يصلح الرابعة بأن يسجد لها ، ويبطل ما قبلها من الركعات ثم يأتى بها ، وهو قول مالك . وقوم قالوا : تبطل الصلاة بأسرها ويلزمه الإعادة ، وهى إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل . وقوم قالوا يأتى بأربع سجدات متوالية وتكمل بها صلاته ، وبه قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى . وقوم قالوا : يصلح الرابعة ويعتد بسجدتين ، وهو مذهب الشافعى . وسبب الخلاف فى هذا مراعاة الترتيب ، فمن راعاه فى الركعات والسجدات أبطل الصلاة ، ومن راعاه فى السجدات أبطل الركعات ما عدا الأخيرة قياسا على قضاء ما فات المأموم من صلاة الإمام ، ومن لم يراع الترتيب أجاز سجودها معا فى ركعة واحدة ، لاسيما إذا اعتقد أن الترتيب ليس هو واجبا فى الفعل المكرر فى كل ركعة : أعنى السجود ، وذلك أن كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود ، والسجود مكرر ، فزعم أصحاب أبى حنيفة

أن السجود لما كان مكررا لم يجب أن يراعى فيه التكرير فى الترتيب ، ومن هذا الجنس اختلاف أصحاب مالك فيمن نسى قراءة أم القرآن من الركعة الأولى فقيل لا يعتد بالركعة ويقضيها ، وقيل يعيد الصلاة ، وقيل يسجد للسهو وصلاته تامة ، وفروع هذا الباب كثيرة ، وكلها غير منطرق به ، وليس قصدنا ههنا إلا ما يجرى مجرى الأصول .

الباب الثالث من الجملة الرابعة فى سجود السهو

والسجود المنقول فى الشريعة فى أحد موضعين إما عند الزيادة أو النقصان اللذين يقعان فى أفعال الصلاة وأقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد . وأما عند الشك فى أفعال الصلاة ، فأما السجود الذى يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر فى ستة فصول : الفصل الأول : فى معرفة حكم السجود . الثانى : فى معرفة مواضعه من الصلاة . الثالث : فى معرفة الجنس من الأفعال والأفعال التى يسجد لها . الرابع : فى صفة سجود السهو . الخامس : فى معرفة من يجب عليه سجود السهو . السادس : بماذا ينبه المأموم الإمام الساهى على سهوه .

الفصل الأول

اختلفوا فى سجود السهو هل هو فرض أو سنة ، فذهب الشافعى إلى أنه سنة ، وذهب أبو حنيفة إلى أنه فرض لكن من شروط صحة الصلاة . وفرق مالك بين السجود للسهو فى الأفعال وبين السجود للسهو فى الأقوال وبين الزيادة والنقصان فقال : سجود السهو الذى يكون للأفعال الناقصة واجب ، وهو عنده من شروط صحة الصلاة ، هذا فى المشهور . وعنه أن سجود السهو للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى حمل أفعاله عليه الصلاة والسلام فى ذلك على الوجوب أو على الندب فأما أبو حنيفة فحمل أفعاله عليه الصلاة والسلام فى السجود على الوجوب إذ كان هو الأصل عندهم إذ جاء بيانا لواجب كما قال عليه الصلاة والسلام : «صلوا كما رأيتمونى أصلى» وأما الشافعى فحمل أفعاله فى ذلك على الندب وأخرجها عن الأصل بالقياس ، وذلك أنه لما كان

السجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرض وإنما ينوب عن ندب رأى أن البدل عما ليس بواجب ليس هو بواجب . وأما مالك فتأكدت عنده الأفعال أكثر من الأقوال ، لكونها من صلب الصلاة أكثر من الأقوال ، أعنى أن الفروض التى هى أفعال هى أكثر من فروض الأقوال ، فكأنه رأى أن الأفعال آكد من الأقوال ، وإن كان ليس ينوب سجود السهو إلا عما كان منها ليس بفرض ، وتفريقه أيضا بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية ليكون سجود النقصان شرع بدلا مما سقط من أجزاء الصلاة وسجود الزيادة كأنه استغفار لا بدل .

الفصل الثانى

اختلفوا فى مواضع سجود السهو على خمسة أقوال : فذهبت الشافعية إلى أن سجود السهو موضعه أبدا قبل السلام ، وذهبت الحنفية إلى أن موضعه أبدا بعد السلام . وفرقت المالكية فقالت : إن كان السجود لنقصان كان قبل السلام وإن كان لزيادة كان بعد السلام . وقال أحمد بن حنبل : يسجد قبل السلام فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام ، ويسجد بعد السلام فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام ، فما كان من سجود فى غير تلك المواضع يسجد له أبدا قبل السلام . وقال أهل الظاهر : لا يسجد للسهو إلا فى المواضع الخمسة التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط ، وغير ذلك إن كان فرضا أتى به ، وإن كان ندبا فليس عليه شىء والسبب فى اختلافهم أنه عليه الصلاة والسلام ثبت عنه أنه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام . وذلك أنه ثبت من حديث ابن بحينة أنه قال « صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه ، فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس » وثبت أيضا أنه سجد بعد السلام فى حديث ذى اليدين المتقدم إذ سلم من اثنتين ، فذهب الذين جوزوا القياس فى سجود السهو : أعنى الذين رأوا تعدية الحكم فى المواضع التى سجد فيها عليه الصلاة والسلام إلى أشباهها فى هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب : أحدها مذهب الترجيح . والثانى مذهب الجمع . والثالث الجمع بين الجمع والترجيح . فمن

رجح حديث ابن بحينة قال : « السجود قبل السلام » واحتج لذلك بحديث أبى سعيد الخدرى الثابت أنه عليه الصلاة والسلام قال « إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِى صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى أَثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا فَلْيُصَلِّ رَكْعَةً وَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ وَهُوَ جَالِسٌ قَبْلَ التَّسْلِيمِ ، فَإِنْ كَانَتِ الرَّكْعَةُ الَّتِى صَلَّاهَا خَامِسَةً شَفَعَهَا بِهَاتَيْنِ السَّجْدَتَيْنِ ، وَإِنْ كَانَتْ رَابِعَةً فَالسَّجْدَتَانِ تَرْغِيمٌ لِلشَّيْطَانِ » قالوا : ففيه السجود للزيادة قبل السلام لأنها ممكنة الوقوع خامسة ، واحتجوا لذلك أيضا بما روى عن ابن شهاب أنه قال : « كان آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام » وأما من رجح حديث ذى اليدين فقال : السجود بعد السلام ، واحتجوا الترجيح هذا الحديث بأن حديث ابن بحينة قد عارضه حديث المغيرة ابن شعبة « أنه عليه الصلاة والسلام قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام » قال أبو عمر : ليس مثله فى النقل فيعارض به ، واحتجوا أيضا لذلك بحديث ابن مسعود الثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى خمسا ساهيا وسجد لسهوه بعد السلام » . وأما من ذهب مذهب الجمع فإنهم قالوا : إن هذه الأحاديث لاتتناقض ، وذلك أن السجود فيها بعد السلام إنما هو فى الزيادة والسجود قبل السلام فى النقصان ، فوجب أن يكون حكم السجود فى سائر المواضع كما هو فى هذا الموضع ، قالوا : وهو أولى من حمل الأحاديث على التعارض . وأما من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال : يسجد فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن ذلك هو حكم تلك المواضع . وأما المواضع التى لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فالحكم فيها السجود قبل السلام فكأنه قاس على المواضع التى سجد فيها عليه الصلاة والسلام قبل السلام ، ولم يقس على المواضع التى سجد فيها بعد السلام ، وأبقى سجود المواضع التى سجد فيها على ما سجد فيها ، فمن جهة أنه أبقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها متغايرة الأحكام هو ضرب من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة أنه عدى مفهوم بعضها دون بعض ، وألحق به المسكوت عنه فذلك

ضرب من الترجيح : أعنى أنه قال على السجود الذى قبل السلام ولم يقس على الذى بعده . وأما من لم يفهم من هذه الأفعال حكما خارجا عنها وقصر حكمها على أنفسها وهم أهل الظاهر فاقتصروا بالسجود على هذه المواضع فقط . وأما أحمد بن حنبل ، فجاء نظره مختلطا من نظر أهل الظاهر ونظر أهل القياس ، وذلك أنه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التى ورد فيها الأثر ولم يعده ، وعدى السجود الذى ورد فى المواضع التى قبل السلام ، ولكل واحد من هؤلاء أدلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس : أعنى لأصحاب القياس وليس قصدنا فى هذا الكتاب فى الأكثر ذكر الخلاف الذى يوجبه القياس كما ليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت عنها فى الشرع إلا فى الأقل ، وذلك إما من حيث هى مشهورة وأصل لغيرها ، وإما من حيث هى كثيرة الوقوع . والمواضع الخمسة التى سها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحدها أنه قام من اثنتين على ماجاء فى حديث ابن بحينة . والثانى أنه سلم من اثنتين على ما جاء فى حديث ذى اليدين . والثالث أنه صلى خمسا على ما فى حديث ابن عمر ، خرّجه مسلم والبخارى . والرابع أنه سلم من ثلاث على ما فى حديث عمران بن الحصين . والخامس السجود عن الشك على ما جاء فى حديث أبى سعيد الخدرى ، وسيأتى بعد . واختلفوا لماذا يجب سجود السهو ؟ فقيل يجب للزيادة والنقصان ، وهو الأشهر ؛ وقيل للسهو نفسه ، وبه قال أهل الظاهر والشافعى .

الفصل الثالث

وأما الأقوال والأفعال التى يسجد لها فإن القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو زيادة وقعت فى الصلاة على طريق السهو اتفقوا على أن السجود يكون عن سنن الصلاة دون الفرائض ودون الرغائب . فالرغائب لاشىء عندهم فيها : أعنى إذا سها عنها فى الصلاة ما لم يكن أكثر من رغيبة واحدة ، مثل ما يرى مالك أنه لايجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ، ويجب من أكثر من واحدة . وأما الفرائض فلا يجزئ عنها إلا الإتيان بها وجبرها إذا كان السهو عنها مما لايوجب إعادة الصلاة بأسرها على ما تقدم فيما يوجب الإعادة

وما يوجب القضاء ، أعنى على من ترك بعض أركان الصلاة [١] ، وأما سجود السهو للزيادة فإنه يقع عند الزيادة فى الفرائض والسنن جميعا ، فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها ، وإنما يختلفون من قبل اختلافهم فيما هو منها فرض أو ليس بفرض ، وفيما هو منها سنة أو ليس بسنة ، وفيما هو منها سنة أو رغيبة ؛ مثال ذلك أن عند مالك ليس يسجد لترك القنوت لأنه عنده مستحب ، ويسجد له عند الشافعى لأنه عنده سنة ، وليس يخفى عليك هذا مما تقدم القول فيه من اختلافهم بين ماهو سنة أو فريضة أو رغيبة ، وعند مالك وأصحابه سجود السهو للزيادة اليسيرة فى الصلاة وإن كانت من غير جنس الصلاة ، وينبغى أن تعلم أن السنة والرغيبة هى عندهم من باب الندب ، وإنما تختلفان عندهم بالأقل والأكثر : أعنى فى تأكيد الأمر بها ، وذلك راجع إلى قرائن أحوال تلك العبادة ، ولذلك يكثر اختلافهم فى هذا الجنس كثيرا ، حتى إن بعضهم يرى أن فى بعض السنن ما إذا تركت عمدا إن كانت فعلا ، أو فعلت عمدا إن كانت تركا أن حكمها حكم الواجب : أعنى فى تعلق الإثم بها ، وهذا موجود كثيرا لأصحاب مالك ، وكذلك تجدهم قد اتفقوا ما خلا أهل الظاهر على أن تارك السنن المتكررة بالجملة آثم ، مثل ما لو ترك إنسان الوتر أو ركعتى الفجر دائما لكان مفسقا آثما ، فكأن العبادات بحسب هذا النظر مثلها ما هى فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس . ومنها ماهى سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتى الفجر وما أشبه ذلك من السنن . وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب رغائب بعينها سنن بجنسها مثل ما حكيناه عن مالك من إيجاب السجود لأكثر من تكبيرة واحدة : أعنى للسهو عنها ، ولا تكون فيما أحسب عند هؤلاء سنة بعينها وجنسها . وأما أهل الظاهر فالسنن عندهم هى سنن بعينها لقوله عليه الصلاة والسلام للأعرابى الذى سأله عن فروض الإسلام « أفْلَحَ إنْ صَدَقَ ، دخَلَ الجَنَّةَ إنْ صَدَقَ » وذلك بعد أن قال له : والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه : يعنى الفرائض ، وقد تقدم هذا الحديث . واتفقوا من هذا الباب على سجود السهو لترك الجلسة الوسطى واختلفوا فيها

(١) هكذا هذه العبارة بالأصول ، وفيها من الغموض مالايخفى تأمل اه .

هل هى فرض أوسنة ، وكذلك اختلفوا هل يرجع الإمام إذا سبح به إليها أو ليس يرجع ؟ وإن رجع فتى يرجع ؟ قال الجمهور : يرجع ما لم يستو قائما وقال قوم : يرجع ما لم يعقد الركعة الثالثة . وقال قوم : لا يرجع إن فارق الأرض قيد شبر ، وإذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه ، فالجمهور على أن صلاته جائزة . وقال قوم : تبطل صلاته .

الفصل الرابع

وأما صفة سجود السهو فإنهم اختلفوا فى ذلك : فرأى مالك أن حكم سجدتى السهو إذا كانت بعد السلام أن يتشهد فيها ويسلم منها ، وبه قال أبو حنيفة لأن السجود كله عنده بعد السلام ، وإذا كانت قبل السلام أن يتشهد لها فقط ، وأن السلام من الصلاة هو سلام منها ، وبه قال الشافعى إذا كان السجود كله عنده قبل السلام ، وقد روى عن مالك أنه لا يتشهد للتى قبل السلام ، وبه قال جماعة . قال أبو عمر : أما السلام من التى بعد السلام فثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم . وأما التشهد فلا أحفظه من وجه ثابت . وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم فى تصحيح ماورد من ذلك فى حديث ابن مسعود أعنى من أنه عليه الصلاة والسلام « تشهد ثم سلم » وتشبيه سجدتى السهو بالسجدتين الأخيرتين من الصلاة ، فمن شبهها بها لم يوجب لها التشهد ، وبخاصة إذا كانت فى نفس الصلاة . وقال أبو بكر بن المنذر : اختلف العلماء فى هذه المسألة على ستة أقوال : فقالت طائفة : لا تشهد فيها ولا تسليم ، وبه قال أنس بن مالك والحسن وعطاء . وقال قوم : مقابل هذا وهو أنّ فيها تشهدا وتسليما . وقال قوم : فيها تشهد فقط دون تسليم ، وبه قال الحكم وحماد والنخعى . وقال قوم : مقابل هذا وهو أن فيها تسليما وليس فيها تشهد ، وهو قول ابن سيرين . والقول الخامس إن شاء تشهد وسلم ، وإن شاء لم يفعل ، وروى ذلك عن عطاء . والسادس قول أحمد بن حنبل إنه إن سجد بعد السلام تشهد وإن سجد قبل السلام لم يتشهد ، وهو الذى حكيناه نحن عن مالك . قال أبو بكر قد ثبت « أنه صلى الله عليه وسلم كبر فيها أربع تكبيرات وأنه سلم » وفى ثبوت تشهده فيها نظر .

الفصل الخامس

اتفقوا على أن سجود السهو من سنة المنفرد والإمام . واختلفوا فى المأموم يسهو وراء الإمام هل عليه سجود أم لا ؟ فذهب الجمهور إلى أن الإمام يحمل عنه السهو ، وشذ مكحول فألزمه السجود فى خاصة نفسه . وسبب اختلافهم اختلافهم فيما يحمل الإمام من الأركان عن المأموم وما لا يحمله ، واتفقوا على أن الإمام إذا سها أن المأموم يتبعه فى سجود السهو وإن لم يتبعه فى سهوه . واختلفوا متى يسجد المأموم إذا فاته مع الإمام بعض الصلاة وعلى الإمام سجود سهو ، فقال قوم : يسجد مع الإمام ثم يقوم لقضاء ما عليه ، وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده ، وبه قال عطاء والحسن والنخعى والشعبى وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى . وقال قوم : يقضى ثم يسجد ، وبه قال ابن سيرين وإسحاق . وقال قوم : إذا سجد قبل التسليم سجدهما معه ، وإن سجد بعد التسليم سجدهما بعد أن يقضى ، وبه قال مالك والليث والأوزاعى . وقال قوم : يسجدهما مع الإمام ثم يسجدهما ثانية بعد القضاء ، وبه قال الشافعى . وسبب اختلافهم أىّ أولى وأخلق أن يتبعه فى السجود مصاحبا له أو فى آخر صلاته ، فكأنهم اتفقوا على أن الاتباع واجب لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما جعل الإمام ليؤتم به» واختلفوا هل موضعها للمأموم هو موضع السجود أعنى فى آخر الصلاة ؟ أو موضعها هو وقت سجود الإمام ؟ فمن آثر مقارنة فعله لفعل الإمام على موضع السجود ورأى ذلك شرطا فى الاتباع ، أعنى أن يكون فعلهما واحدا حقا قال : يسجد مع الإمام وإن لم يأت بها فى موضع السجود ، ومن آثر موضع السجود قال : يؤخرها إلى آخر الصلاة ، ومن أوجب عليه الأمرين أوجب عليه السجود مرتين وهو ضعيف .

الفصل السادس

واتفقوا على أن السنة لمن سها فى صلاته أن يسبح له ، وذلك للرجل لما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « مالى أَرَاكُمْ أَكْثَرْتُمْ مِنَ التَّصْفِيقِ مَنْ نَابَهُ شَىْءٌ فى صَلَاتِهِ فَلْيُسَبِّحْ فإِنَّهُ إِذَا سَبَّحَ الْتُفِتَ إِلَيْهِ ،

وإِنَّمَا التَّصْفِيقُ للنِّساءِ »واختلفوا فى النساء فقال مالك وجماعة : إن التسبيح للرجال والنساء . وقال الشافعى وجماعة : للرجال التسبيح وللنساء التصفيق . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « وإنما التصفيق للنساء » فمن ذهب إلى أن معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء فى السهو وهو الظاهر قال : النساء يصفقن ولا يسبحن ، ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال : الرجال والنساء فى التسبيح سواء ؛ وفيه ضعف لأنه خروج عن الظاهر بغير دليل ، إلا أن تقاس المرأة فى ذلك على الرجل ؛ والمرأة كثيرا ما يخالف حكمها فى الصلاة حكم الرجل . ولذلك يضعف القياس .

وأما سجود السهو الذى هو لموضع الشك فإن الفقهاء اختلفوا فيمن شك فى صلاته فلم يدركم صلى أواحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعا على ثلاثة مذاهب ؛ فقال قوم : يبنى على اليقين وهو الأقل ولا يجزيه التحرى ويسجد سجدتى السهو . وهو قول مالك والشافعى وداود . وقال أبو حنيفة : إن كان أول أمره فسدت صلاته ، وإن تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدتين بعد السلام . وقالت طائفة : إنه ليس عليه إذا شك لارجوع إلى اليقين ولاتحرّ ، وإنما عليه السجود فقط إذا شك . والسبب فى اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة فى هذا الباب . وذلك أن فى هذا الباب ثلاثة آثار : أحدها حديث البناء على اليقين ، وهو حديث أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فى صَلاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى أثلاثا أَمْ أَرْبَعا فلْيَطْرَحِ الشَّكَّ ولْيَبْنِ عَلى ما اسْتَيْقَنَ ثُمَّ يَسْجُدُ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَ ، فإِنْ كانَ صَلَّى خَمْسا شَفَعْنَ لَهُ صَلاتَهُ ، وإِنْ كانَ صَلَّى إِتْمَاما لأَرْبَعٍ كانَتا تَرْغِيما لِلشَّيْطانِ » خرجه مسلم . والثانى حديث ابن مسعود أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « إِذَا سَها أَحَدُكُمْ فى صَلاتِهِ فَلْيَتَحَرَّ ولْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » وفى رواية أخرى عنه « فلْيَنْظُرْ أَحْرَى ذلكَ إلى الصَّوابِ ثُمَّ لِيُسَلِّمْ ثُمَّ لِيَسْجُدْ سَجْدَتَىِ السَّهْوِ ويَتَشَهَّدْ ويُسَلِّمْ » والثالث

حديث أبى هريرة خرجه مالك والبخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إنَّ أحَدَكُمْ إذَا قامَ يُصَلِّى جاءَهُ الشَّيْطانُ فلبَّسَ عليْهِ حتَّى لايَدْرِى كَمْ صَلَّى ، فإذَا وَجَدَ ذلكَ أحَدُكُمْ فلْيَسْجُدْ سجْدَتيْنِ وَهُوَ جالِسٌ » وفى هذا المعنى أيضا حديث عبد الله بن جعفر ، خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ شَكَّ فى صَلاتِهِ فلْيسْجُدْ سجْدَتيْنِ بعْدَها ويُسَلِّمْ » فذهب الناس فى هذه الأحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح ، والذين ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت إلى المعارض ، ومنهم من رام تأويل المعارض وصرفه إلى الذى رجح ، ومنهم من جمع الأمرين ، أعنى جمع بعضها ورجح بعضها ، وأول غير المرجح إلى معنى المرجح ، ومنهم من جمع بين بعضها وأسقط حكم البعض . فأما من ذهب مذهب الجمع فى بعض والترجيح فى بعض مع تأويل غير المرجح وصرفه إلى المرجح ، فمالك بن أنس فإنه حمل حديث أبى سعيد الخدرى على الذى لم يستنكحه الشك ، وحمل حديث أبى هريرة على الذى يغلب عليه الشك ويستنكحه ، وذلك من باب الجمع ، وتأول حديث ابن مسعود على أن المراد بالتحرى هنالك هو الرجوع إلى اليقين ، فأثبت على مذهبه الأحاديث كلها . وأما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها وإسقاط البعض وهو الترجيح من غير تأويل المرجح عليه فأبوحنيفة ، فإنه قال : إن حديث أبى سعيد إنما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه ، وحديث ابن مسعود على الذى عنده ظن غالب ، وأسقط حكم حديث أبى هريرة وذلك أنه قال : ما فى حديث أبى سعيد وابن مسعود زيادة ، والزيادة يجب قبولها والأخذ بها ، وهذا أيضا كأنه ضرب من الجمع . وأما الذى رجح بعضها وأسقط حكم البعض فالذين قالوا إنما عليه السجود فقط ، وذلك أن هؤلاء رجحوا حديث أبى هريرة وأسقطوا حديث أبى سعيد وابن مسعود ، ولذلك كان أضعف الأقوال ، فهذا ما رأينا أن نثبته فى هذا القسم من قسمى كتاب الصلاة وهو القول فى الصلاة المفروضة ، فلنصر بعد إلى القول فى القسم الثانى من الصلاة الشرعية ، وهى الصلوات التى ليست فروض عين .

كتاب الصلاة الثانى

ولأن الصلاة التى ليست بمفروضة على الأعيان منها ما هى سنة ، ومنها ما هى نفل ، ومنها ما هى فرض على الكفاية ، وكانت هذه الأحكام منها ما هو متفق عليه ، ومنها ماهو مختلف فيه ، رأينا أن نفرد القول فى واحدة واحدة من هذه الصلوات ، وهى بالجملة عشر : ركعتا الفجر والوتر والنفل وركعتا دخول المسجد والقيام فى رمضان والكسوف والاستسقاء والعيدان وسجود القرآن ، فانه صلاة مّا يشتمل هذا الكتاب على عشرة أبواب ، والصلاة على الميت نذكرها على حدة فى باب أحكام الميت على ماجرت به عادة الفقهاء ، وهو الذى يترجمونه بكتاب الجنائز .

الباب الأول القول فى الوتر

واختلفوا فى الوتر فى خمسة مواضع : منها فى حكمه ، ومنها فى صفته ، ومنها فى وقته ، ومنها فى القنوت فيه ، ومنها فى صلاته على الراحلة . أما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة . وأما صفته فإن مالكا رحمه الله استحب أن يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام . وقال أبو حنيفة : الوتر ثلاث ركعات من غير أن يفصل بينها بسلام . وقال الشافعى : الوتر ركعة واحدة . ولكل قول من هذه الأقاويل سلف من الصحابة والتابعين . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب ، وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة «أنه كان يصلى من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة» وثبت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « صَلاةُ اللَّيْلِ مَثْنَى مَثْنَى فإذَا رأيْتَ أنَّ الصُّبْحَ يُدْرِكُكَ فأوْتِرْ بِواحِدَةٍ » وخرج مسلم عن عائشة « أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلى ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لايجلس فى شىء إلا فى آخرها » وخرج أبوداود عن أبى أيوب الأنصارى أنه عليه الصلاة والسلام قال « الوِتْرُ حَقٌّ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ فَمَنْ أحَبَّ أنْ يُوتِرَ بِخَمْسٍ فلْيَفْعَلْ وَمَنْ أحَبَّ أنْ يُوتِرَ بِثَلاثٍ فَلْيَفْعَلْ ، وَمَنْ أحَبَّ أنْ يُوتِرَ

بِواحِدَةٍ فَلْيَفْعَلْ » وخرج أبوداود « أنه كان يوتر بسبع وتسع وخمس » وخرج عن عبد الله بن قيس قال « قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر؟ قالت: كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ، ولم يكن يوتر بأنقص من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة » وحديث ابن عمر عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « المَغْرِبُ وِتْرُ صَلاةِ النَّهارِ » فذهب العلماء فى هذه الأحاديث مذهب الترجيح . فمن ذهب إلى أن الوتر ركعة واحدة فمصيرا إلى قوله عليه الصلاة والسلام « فإذَا خَشِيتَ الصُّبْحَ فأَوْتِرْ بِواحِدَةٍ » وإلى حديث عائشة « أنه كان يوتر بواحدة » ومن ذهب إلى أن الوتر ثلاث من غير أن يفصل بينها وقصر حكم الوتر على الثلاث فقط ، فليس يصح له أن يحتج بشىء مما فى هذا الباب ؛ لأنها كلها تقتضى التخيير ما عدا حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام « المغرب وتر صلاة النهار » فإن لأبى حنيفة أن يقول : إنه إذا شبه شىء بشىء وجعل حكمهما واحدا كان المشبه به أحرى أن يكون بتلك الصفة ، ولما شبهت المغرب بوتر صلاة النهار وكانت ثلاثا وجب أن يكون وتر صلاة الليل ثلاثا . وأما مالك فإنه تمسك فى هذا الباب بأنه عليه الصلاة والسلام لم يوتر قط إلا فى أثر شفع ، فرأى أن ذلك من سنة الوتر ، وأن أقل ذلك ركعتان ، فالوتر عنده على الحقيقة إما أن يكون ركعة واحدة . ولكن من شرطها أن يتقدمها شفع ، وإما أن يرى أن الوتر المأمور به هو يشتمل على شفع ووتر ، فإنه إذا زيد على الشفع وتر صار الكل وترا ، ويشهد لهذا المذهب حديث عبد الله بن قيس المتقدم ، فإنه سمى الوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر ويشهد لاعتقاده أن الوتر هو الركعة الواحدة أنه كان يقول : كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شىء ، وأى شىء يوتر له ؟ وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تُوتِرُ لَهُ ما قَدْ صَلَّى » فإن ظاهر هذا القول أنه كان يرى أن الوتر الشرعى هو العدد الوتر بنفسه : أعنى الغير مركب من الشفع والوتر وذلك أن هذا هو وتر لغيره ، وهذا التأويل عليه أولى . والحق فى هذا أن ظاهر هذه الأحاديث يقتضى التخيير فى صفة الوتر من الواحدة إلى التسع على

ما روى ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم . والنظر إنما هو فى هل من شرط الوتر أن يتقدمه شفع منفصل أم ليس ذلك من شرطه ، فيشبه أن يقال ذلك من شرطه ، لأنه هكذا كان وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويشبه أن يقال ليس ذلك من شرطه لأن مسلما قد خرّج « أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا انتهى إلى الوتر أيقظ عائشة فأوترتْ » وظاهره أنها كانت توتر دون أن تقدّم على وترها شفعا ، وأيضا فإنه قد خرج من طريق عائشة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس فى الثامنة والتاسعة ولا يسلم إلا فى التاسعة ثم يصلى ركعتين وهو جالس فتلك إحدى عشرة ركعة ، فلما أسنّ وأخذ اللحم أوتر بسبع ركعات لم يجلس إلا فى السادسة والسابعة ولم يسلم إلا فى السابعة ، ثم يصلى ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات » وهذا الحديث الوتر فيه متقدم على الشفع ، ففيه حجة على أنه ليس من شرط الوتر أن يتقدمه شفع ، وأن الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة فى ذلك ما روى أبو داود عن أبىّ بن كعب قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بسبح اسم ربك الأعلى ، وقل يا أيها الكافرون ، وقل هو الله أحد » وعن عائشة مثله « وقالت فى الثالثة بقل هو الله أحد والمعوذتين » . وأما وقته فإن العلماء اتفقوا على أن وقته من بعد صلاة العشاء إلى طلوع الفجر لورود ذلك من طرق شتى عنه عليه الصلاة والسلام ، ومن أثبت ما فى ذلك ما خرّجه مسلم عن أبى نضرة العوفى أن أبا سعيد أخبرهم أنهم سألوا النبى صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال « الوِتْرُ قَبْلَ الصُّبْحِ » واختلفوا فى جواز صلاته بعد الفجر ، فقوم منعوا ذلك وقوم أجازوه مالم يصل الصبح ، وبالقول الأول قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبى حنيفة وسفيان الثورى ، وبالثانى قال الشافعى ومالك وأحمد . وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة فى ذلك بالآثار ، وذلك أن ظاهر الآثار الواردة فى ذلك أن لايجوز أن يصلى بعد الصبح كحديث أبى نضرة المتقدم وحديث أبى حذيفة العدوى نص فى هذا خرجه أبو داود وفيه « وجَعَلَها لَكُمْ مابَيْنَ صَلاَةِ العشاءِ إلى أنْ يَطْلُعَ الفَجْرُ » ولا خلاف بين أهل

الأصول أن ما بعد إلى بخلاف ماقبلها إذا كانت غاية ، وإن هذا وإن كان من باب دليل الخطاب فهو من أنواعه المتفق عليها . مثل قوله ـ وأتموا الصيام إلى الليل ـ وقوله ـ إلى المرفقين ـ لاخلاف بين العلماء أن ما بعد الغاية بخلاف الغاية وأما العمل المخالف فى ذلك للأثر فإنه روى عن ابن مسعود وابن عباس وعبادة بن الصامت وحذيفة وأبى الدرداء وعائشة أنهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ، ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلاف هذا ، وقد رأى قوم أن مثل هذا هو داخل فى باب الإجماع ولامعنى لهذا فإنه ليس ينسب إلى ساكت قول قائل : أعنى أنه ليس ينسب إلى الإجماع من لم يعرف له قول فى المسئلة . وأما هذه المسئلة فكيف يصح أن يقال إنه لم يرو فى ذلك خلاف عن الصحابة . وأى خلاف أعظم من خلاف الصحابة الذين رووا هذه الأحاديث . أعنى خلافهم لهؤلاء الذين أجازوا صلاة الوتر بعد الفجر ، والذى عندى فى هذا أن هذا من فعلهم ليس مخالفا للآثار الواردة فى ذلك أعنى فى إجازتهم الوتر بعد الفجر ، بل إجازتهم ذلك هو من باب القضاء لامن باب الأداء ، وإنما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاته بعد الفجر من باب الأداء فتأمل هذا ، وإنما يتطرق الخلاف لهذه المسئلة من باب اختلافهم فى هل القضاء فى العبادة المؤقتة يحتاج إلى أمر جديد أم لا ؟ أعنى غير أمر الأداء وهذا التأويل بهم أليق ، فإن أكثر مانقل عنهم هذا المذهب من أنهم أبصروا يقضون الوتر قبل الصلاة وبعد الفجر وإن كان الذى نقل عن ابن مسعود فى ذلك قول ، أعنى أنه كان يقول : إن وقت الوتر من بعد العشاء الآخرة إلى صلاة الصبح ، فليس يجب لمكان هذا أن يظن بجميع من ذكرناه من الصحابة أنه يذهب هذا المذهب من قبل أنه أبصر يصلى الوتر بعد الفجر ، فينبغى أن تتأمل صفة النقل فى ذلك عنهم . وقد حكى ابن المنذر فى وقت الوتر عن الناس خمسة أقوال : منها القولان المشهوران اللذان ذكرتهما . والقول الثالث أنه يصلى الوتر وإن صلى الصبح ، وهو قول طاوس . والرابع أنه يصليها وإن طلعت الشمس ، وبه قال أبو ثور والأوزاعى . والخامس أنه يوتر من الليلة القابلة وهو قول سعيد بن جبير .

وهذا الاختلاف إنما سببه اختلافهم فى تأكيده وقربه من درجة الفرض ، فمن رآه أقرب أوجب القضاء فى زمان أبعد من الزمان المختص به ، ومن رآه أبعد أوجب القضاء فى زمان أقرب ، ومن رآه سنة كسائر السنن ضعف عنده القضاء إذ القضاء إنما يجب فى الواجبات ، وعلى هذا يجىء اختلافهم فى قضاء صلاة العيد لمن فاتته ، وينبغى أن لا يفرق فى هذا بين الندب والواجب. أعنى أن من رأى أن القضاء فى الواجب يكون بأمر متجدد أن يعتقد مثل ذلك فى الندب ، ومن رأى أنه يجب بالأمر الأول أن يعتقد مثل ذلك فى الندب وأما اختلافهم فى القنوت فيه فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يقنت فيه ومنعه مالك وأجازه الشافعى فى أحد قوليه فى النصف الآخر من رمضان ، وأجازه قوم فى النصف الأول من رمضان ، وقوم فى رمضان كله . والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلاف الآثار ، وذلك أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقا ، وروى عنه القنوت شهرا ، وروى عنه أنه آخر أمره لم يكن يقنت فى شىء من الصلاة ، وأنه نهى عن ذلك ، وقد تقدمت هذه المسئلة . وأما صلاة الوتر على الراحلة حيث توجهت به فإن الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام ، أعنى أنه كان يوتر على الراحلة : وهو مما يعتمدونه فى الحجة على أنها ليست بفرض إذا كان قد صح عنه عليه الصلاة والسلام « أنه كان يتنفل على الراحلة » ولم يصح عنه أنه صلى قط مفروضة على الراحلة . وأما الحنفية فلمكان اتفاقهم معهم على هذه المقدمة ، وهو أن كل صلاة مفروضة لا تصلى على الراحلة ، واعتقادهم أن الوتر فرض وجب عندهم من ذلك أن لا تصلى على الراحلة ، وردوا الخبر بالقياس وذلك ضعيف . وذهب أكثر العلماء إلى أن المرء إذا أوتر ثم نام فقام يتنفل أنه لا يوتر ثانية ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا وِتْرَان فى لَيْلَةٍ » خرج ذلك أبو داود ، وذهب بعضهم إلى أنه يشفع الوتر الأول بأن يضيف إليه ركعة ثانية ويوتر أخرى بعد التنفل شفعا ، وهى المسئلة التى يعرفونها بنقض الوتر وفيه ضعف من وجهين : أحدهما أن الوتر ليس ينقلب إلى النفل بتشفيعه ، والثانى أن التنفل بواحدة غير معروف من الشرع . وتجويز هذا ولا تجويزه

هو سبب الخلاف فى ذلك ، فمن راعى من الوتر المعقول وهو ضد الشفع قال ينقلب شفعا إذا أضيف إليه ركعة ثانيا ، ومن راعى منه المعنى الشرعى قال : ليس ينقلب شفعا لأن الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة أو واجبة .

الباب الثانى فى ركعتى الفجر

واتفقوا على أن ركعتى الفجر سنة لمعاهدته عليه الصلاة والسلام على فعلها أكثر منه على سائر النوافل والترغيبة فيها ، ولأنه قضاها بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة . واختلفوا من ذلك فى مسائل إحداها فى المستحب من القراءة فيهما ؛ فعند مالك المستحب أن يقرأ فيهما بأم القرآن فقط ، وقال الشافعى : لا بأس أن يقرأ فيهما بأم القرآن مع سورة قصيرة ، وقال أبو حنيفة : لاتوقيف فيهما فى القراءة يستحب ، وأنه يجوز أن يقرأ فيهما المرء حزبه من الليل . والسبب فى اختلافهم اختلاف قراءته عليه الصلاة والسلام فى هذه الصلاة واختلافهم فى تعيين القراءة فى الصلاة ، وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه كان يخفف ركعتى الفجر » على ما روته عائشة قالت « حتى أنى أقول أقرأ فيهما بأم القرآن أم لا ؟ » فظاهر هذا أنه كان يقرأ فيهما بأم القرآن فقط . وروى عنه من طريق أبى هريرة خرجه أبو داود « أنه كان يقرأ فيهما بقل هو الله أحد وقل يأيها الكافرون » فمن ذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة أم القرآن فقط ، ومن ذهب مذهب الحديث الثانى اختار أم القرآن وسورة قصيرة . ومن كان على أصله فى أنه لاتتعين القراءة فى الصلاة لقوله تعالى ـ فاقرءوا مَا تَيَسَّرَ مِنهُ ـ قال يقرأ فيهما ما أحب . والثانية فى صفة القراءة المستحبة فيهما ، فذهب مالك والشافعى وأكثر العلماء إلى أن المستحب فيهما هو الإسرار ، وذهب قوم إلى أن المستحب فيهما هو الجهر ، وخير قوم فى ذلك بين الإسرار والجهر . والسبب فى ذلك تعارض مفهوم الآثار ، وذلك أن حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره « أنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فيهما سرا » ولولا ذلك لم تشك عائشة هل قرأ فيهما بأم القرآن أم لا ؟ وظاهر ماروى أبو هريرة أنه كان يقرأ فيهما بـ ـ قل يا أيها الكافرون ـ و ـ قل هو الله أحد ـ أن قراءته عليه الصلاة والسلام فيهما

جهرا «ولولا ذلك ما عُلم أبو هريرة ما كان يقرأ فيهما . فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الأثرين قال : إما باختيار الجهر إن رجح حديث أبى هريرة ، وإما باختيار الإسرار إن رجح حديث عائشة ، ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخيير والثالثة فى الذى لم يصل ركعتى الفجر وأدرك الإمام فى الصلاة أو دخل المسجد ليصليهما ، فأقيمت الصلاة فقال مالك : إذا كان قد دخل المسجد فأقيمت الصلاة فليدخل مع الإمام فى الصلاة ولا يركعهما فى المسجد والإمام يصلى الفرض . وإن كان لم يدخل المسجد فإن لم يخف أن يفوته الإمام بركعة فليركعهما خارج المسجد . وإن خاف فوات الركعة فليدخل مع الإمام ثم يصليهما إذا طلعت الشمس ؛ ووافق أبو حنيفة مالكا فى الفرق بين أن يدخل المسجد أو لا يدخله . وخالفه فى الحد فى ذلك فقال : يركعهما خارج المسجد ما ظن أنه يدرك ركعة من الصبح مع الإمام . وقال الشافعى إذا أقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعهما أصلا لا داخل المسجد ولا خارجه ، وحكى ابن المنذر أن قوما جوّزوا ركوعهما فى المسجد والإمام يصلى وهو شاذ . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَلَا صَلَاةَ إِلَّا المَكْتُوبَة » فمن حمل هذا على عمومه لم يجز صلاة ركعتى الفجر إذا أقيمت الصلاة المكتوبة لا خارج المسجد ولا داخله ؛ ومن قصره على المسجد فقد أجاز ذلك خارج المسجد ما لم تفته الفريضة أو لم يفته منها جزء . ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عنده فى النهى إنما هو الاشتغال بالنفل عن الفريضة . ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عنده إنما هو أن تكون صلاتان معا فى موضع واحد لمكان الاختلاف على الإمام كما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن أنه قال « سمع قوم الإقامة فقاموا يصلون . فخرج عليهم رسول الله صلى الله الله عليه وسلم فقال : أَصَلَاتَانِ مَعًا ؟ أَصَلَاتَانِ مَعًا ؟ » قال : وذلك فى صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح . وإنما اختلف مالك وأبو حنيفة فى القدر الذى يراعى من فوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم فى القدر الذى به يفوت

فضل صلاة الجماعة للمشتغل بركعتى الفجر إذا كان فضل صلاة الجماعة عندهم أفضل من ركعتى الفجر ، فمن رأى أنه بفوات ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال : يتشاغل بها ما لم تفته ركعة من الصلاة المفروضة ، ومن رأى أنه يدرك الفضل إذا أدرك ركعة من الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ أدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصَّلاةِ فَقَدْ أدْرَكَ الصَّلاةَ » أى قد أدرك فضلها « وحمل ذلك على عمومه فى تارك ذلك قصدا أو بغير اختيار قال : يتشاغل بها ماظن أنه يدرك ركعة منها . ومالك إنما يحمل هذا الحديث والله أعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفواتها . ولذلك رأى أنه إذا فاتته منها ركعة فقد فاته فضلها . وأما من أجاز ركعتى الفجر فى المسجد والصلاة تقام . فالسبب فى ذلك أحد أمرين : إما أنه لم يصح عنده هذا الأثر أو لم يبلغه . قال أبوبكر بن المنذر : هو أثر ثابت : أعنى قوله عليه الصلاة والسلام « إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة » وكذلك صححه أبو عمر بن عبد البر ، وإجازة ذلك تروى عن ابن مسعود . والرابعة فى وقت قضائها إذا فاتت حتى صلى الصبح ، فإن طائفة قالت يقضيها بعد صلاة الصبح ، وبه قال عطاء وابن جريج ، وقال قوم : يقضيها بعد طلوع الشمس ، ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير المتسع ، ومنهم من جعله لها متسعا فقال : يقضيها من لدن طلوع الشمس إلى وقت الزوال ولا يقضيها بعد الزوال ، وهؤلاء الذين قالوا بالقضاء ، منهم من استحب ذلك . ومنهم من خير فيه . والأصل فى قضائها صلاته لها عليه الصلاة والسلام بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة .

الباب الثالث فى النوافل

واختلفوا فى النوافل هل تثنى أو تربع أو تثلث ؟ فقال مالك والشافعى : صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم فى كل ركعتين . وقال أبو حنيفة : إن شاء ثنى أو ثلث أو ربع أو سدس أو ثمن دون أن يفصل بينهما بسلام ؛ وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا : صلاة الليل مثنى مثنى ، وصلاة النهار أربع . و السبب فى اختلافهم اختلاف الآثار الواردة فى هذا

الباب ، وذلك أنه ورد فى هذا الباب من حديث ابن عمر أن رجلا سأل النبى عليه الصلاة والسلام عن صلاة الليل فقال « صَلاةُ اللَّيْلِ مَثْنَى مَثْنَى ، فإذَا خَشِيَ أحَدُكُمُ الصُّبْحَ صَلَّى رَكْعَةً واحِدَةً تُوتِرُ لَهُ ما قَدْ صَلَّى » وثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه كان يصلى قبل الظهر ركعتين وبعدها ركعتين وبعد المغرب ركعتين وبعد الجمعة ركعتين وقبل العصر ركعتين » فمن أخذ بهذين الحديثين قال : صلاة الليل والنهار مثنى مثنى . وثبت أيضا من حديث عائشة أنها قالت ، وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يصلى أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم يصلى أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم يصلى ثلاثا ، قالت : فقلت يا رسول الله أتنام قبل أن توتر ؟ قال : يا عائشة إن عَيْنَيَّ تَنامانِ ولا يَنامُ قَلْبِي » وثبت عنه أيضا من طريق أبى هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام « مَنْ كانَ يُصَلِّي بَعْدَ الجُمُعَةِ فلْيُصَلِّ أرْبَعًا » وروى الأسود عن عائشة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى من الليل تسع ركعات فلما أسن صلى سبع ركعات » فمن أخذ أيضا بظاهر هذه الأحاديث جوز التنفل بالأربع والثلاث دون أن يفصل بينهما بسلام ، والجمهور على أنه لايتنفل بواحدة ، وأحسب أن فيه خلافا شاذا .

الباب الرابع فى ركعتى دخول المسجد

والجمهور على أن ركعتى دخول المسجد مندوب إليها من غير إيجاب ، وذهب أهل الظاهر إلى وجوبها . وسبب الخلاف فى ذلك هل الأمر فى قوله عليه الصلاة والسلام « إذَا جاءَ أحَدُكُمُ المَسْجِدَ فَلْيَرْكَعْ رَكْعَتَيْنِ » محمول على الندب أو على الوجوب ، فإن الحديث متفق على صحته ، فمن تمسك فى ذلك بما اتفق عليه الجمهور من أن الأصل هو حمل الأوامر المطلقة على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ، ولم ينقدح عنده دليل ينقل الحكم من الوجوب إلى الندب قال : الركعتان واجبتان ، ومن انقدح عنده دليل على حمل الأوامر ههنا على الندب أو كان الأصل عنده فى الأوامر أن تحمل

على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب فإن هذا قد قال به قوم قال : الركعتان غير واجبتين ، لكن الجمهور إنما ذهبوا إلى حمل الأمر ههنا على الندب لمكان التعارض الذى بينه وبين الأحاديث التى تقتضى بظاهرها أو بنصها أن لاصلاة مفروضة إلا الصلوات الخمس التى ذكرناها فى صدر هذا الكتاب مثل حديث الأعرابى وغيره ، وذلك أنه إن حمل الأمر ههنا على الوجوب لزم أن تكون المفروضات أكثر من خمس ، ولمن أوجبها أن الوجوب ههنا إنما هو متعلق بدخول المسجد لامطلقا ، كالأمر بالصلوات المفروضة ، وللفقهاء أن تقييد وجوبها بالمكان شبيه بتقييد وجوبها بالزمان ، ولأهل الظاهر أن المكان المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة ، والزمان من شرط صحة الصلاة المفروضة . واختلف العلماء من هذا الباب فيمن جاء المسجد وقد ركع ركعتى الفجر فى بيته ، هل يركع عند دخوله المسجد أم لا ؟ فقال الشافعى : يركع ، وهى رواية أشهب عن مالك ؛ وقال أبو حنيفة : لايركع ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك . وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه الصلاة والسلام « إذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين » وقوله عليه الصلاة والسلام « لا صَلاةَ بَعْدَ الفَجْرِ إلاَّ رَكْعَتَى الصُّبْحِ » فههنا عمومان وخصوصان : أحدهما فى الزمان ، والآخر فى الصلاة ، وذلك أن حديث الأمر بالصلاة عند دخول المسجد عام فى الزمان خاص فى الصلاة ، والنهى عن الصلاة بعد الفجر إلا ركعتا الصبح خاص فى الزمان عام فى الصلاة ، فمن استثنى خاص الصلاة من عامها رأى الركوع بعد ركعتى الفجر ، ومن استثنى خاص الزمان من عامه لم يوجب ذلك ، وقد قلنا : إن مثل هذا التعارض إذا وقع فليس يجب أن يصار إلى أحد التخصيصين إلا بدليل ، وحديث النهى لايعارض به حديث الأمر الثابت والله أعلم ، فإن ثبت الحديث وجب طلب الدليل من موضع آخر .

الباب الخامس فى قيام رمضان

وأجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغب فيه أكثر من سائر الأشهر لقوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ قامَ رَمَضَانَ إيمانا واحْتِسابا غُفِرَ لَهُ ماتَقَدَّمَ

مِنْ ذَنْبِهِ » وأن التراويح التى جمع عليها عمر بن الخطاب الناس مرغب فيها وإن كانوا اختلفوا أىّ أفضل أهى أو الصلاة آخر الليل ؟ أعنى التى كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لكن الجمهور على أن الصلاة آخر الليل أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام « أَفْضَلُ الصَّلاةِ صَلاتُكُمْ فى بُيُوتِكُم إلاَّ المَكْتُوبَةَ » ولقول عمر فيها : « والتى تنامون عنها أفضل » واختلفوا فى المختار من عدد الركعات التى يقوم بها الناس فى رمضان ، فاختار مالك فى أحد قوليه ، وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وداود القيام بعشرين ركعة سوى الوتر ، وذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يستحسن ستا وثلاثين ركعة والوتر ثلاث . وسبب اختلافهم اختلاف النقل فى ذلك ، وذلك أن مالكا روى عن يزيد بن رومان قال : كان الناس يقومون فى زمان عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة . وخرج ابن أبى شيبة عن داود بن قيس قال : أدركت الناس بالمدينة فى زمان عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان يصلون ستا وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث ، وذكر ابن القاسم عن مالك أنه الأمر القديم : يعنى القيام بست وثلاثين ركعة .

الباب السادس فى صلاة الكسوف

اتفقوا على أن صلاة كسوف الشمس سنة وأنها فى جماعة ، واختلفوا فى صفتها وفى صفة القراءة فيها وفى الأوقات التى تجوز فيها ، وهل من شروطها الخطبة أم لا ؟ وهل كسوف القمر فى ذلك ككسوف الشمس ؟ فنى ذلك خمس مسائل أصول فى هذا الباب .

(المسئلة الأولى) ذهب مالك والشافعى وجمهور أهل الحجاز وأحمد أن صلاة الكسوف ركعتان فى كل ركعة ركوعان ؛ وذهب أبو حنيفة والكوفيون إلى أن صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار الواردة فى هذا الباب ومخالفة القياس لبعضها ، وذلك أنه ثبت من حديث عائشة أنها قالت : « خسفت الشمس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فأطال القيام ، ثم ركع فأطال الركوع ،

ثم قام فأطال القيام وهو دون القيام الأول ، ثم ركع فأطال الركوع ، وهو دون الركوع الأول ، ثم رفع فسجد ، ثم رفع فسجد ، ثم فعل فى الركعة الآخرة مثل ذلك ، ثم انصرف وقد تجلت الشمس » ولما ثبت أيضا من هذه الصفة فى حديث ابن عباس : أعنى من ركوعين فى ركعة . قال أبو عمر : هذان الحديثان من أصح ماروى فى هذا الباب ، فمن أخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرهما من قبل النقل قال : صلاة الكسوف ركعتان فى ركعة. وورد أيضا من حديث أبى بكرة وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمر والنعمان بن بشير أنه صلى فى الكسوف ركعتين كصلاة العيد . قال أبو عمر بن عبد البر : وهى كلها آثار مشهورة صحاح ، ومن أحسنها حديث أبى قلابة عن النعمان بن بشير قال : «صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الكسوف نحو صلاتكم يركع ويسجد ركعتين ركعتين ، ويسأل الله حتى تجلت الشمس » فمن رجح هذه الآثار لكثرتها وموافقتها للقياس : أعنى موافقتها لسائر الصلوات قال : صلاة الكسوف ركعتان . قال القاضى : خرّج مسلم حديث سمرة . قال أبو عمر : وبالجملة فإنما صار كل فريق منهم إلى ماورد عن سلفه ، ولذلك رأى بعض أهل العلم أن هذا كله على التخيير ، وممن قال بذلك الطبرى ، قال القاضى : وهو الأولى ، فإن الجمع أولى من الترجيح . قال أبو عمر : وقد روى فى صلاة الكسوف عشر ركعات فى ركعتين ، وثمان ركعات فى ركعتين وست ركعات فى ركعتين ، وأربع ركعات فى ركعتين لكن من طرق ضعيفة. قال أبو بكر ابن المنذر ، وقال إسحاق بن راهويه : كل ماورد من ذلك فمؤتلف غير مختلف لأن الاعتبار فى ذلك لتجلى الكسوف ، فالزيادة فى الركوع إنما تقع بحسب اختلاف التجلى فى الكسوفات التى صلى فيها ، وروى عن العلاء بن زياد أنه كان يرى أن المصلى ينظر إلى الشمس إذا رفع رأسه من الركوع ، فإن كانت قد تجلت سجد وأضاف إليها ركعة ثانية وإن كانت لم تنجل ركع فى الركعة الواحدة ركعة ثانية ، ثم نظر إلى الشمس ؛ فإن كانت تجلت سجد وأضاف إليها ثانية ، وإن كانت لم تنجل ركع ثالثة فى الركعة الأولى وهكذا حتى تنجلى . وكان إسحاق بن راهويه يقول : لايتعدى بذلك أربع ركعات فى كل ركعة ، لأنه

لم يثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام أكثر من ذلك . وقال أبو بكر بن المنذر وكان بعض أصحابنا يقول : الاختيار فى صلاة الكسوف ثابت ، والخيار فى ذلك للمصلى إن شاء فى كل ركعة ركوعين ، وإن شاء ثلاثة ، وإن شاء أربعة ، ولم يصح عنده ذلك . قال : وهذا يدل على أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى فى كسوفات كثيرة . قال القاضى : هذا الذى ذكره هو الذى خرجه مسلم ، ولا أدرى كيف قال أبو عمر فيها إنها وردت من طرق ضعيفة . وأما عشر ركعات فى ركعتين فإنما أخرجه أبو داود فقط .

(المسئلة الثانية) واختلفوا فى القراءة فيها ، فذهب مالك والشافعى إلى أن القراءة فيها سر . وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وإسحاق بن راهويه : يجهر بالقراءة فيها . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك بمفهومها وبصيغها ، وذلك أن مفهوم حديث ابن عباس الثابت أنه قرأ سرا لقوله فيه عنه عليه الصلاة والسلام « فقام قياما نحوا من سورة البقرة » وقد روى هذا المعنى نصا عنه أنه قال « قمت إلى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما سمعت منه حرفا » وقد روى أيضا من طريق ابن إسحاق عن عائشة فى صلاة الكسوف أنها قالت « تحريت قراءته فحزرت أنه قرأ سورة البقرة ، فمن رجح هذه الأحاديث قال : القراءة فيها سر ، ولمكان ماجاء فى هذه الآثار استحب مالك والشافعى أن يقرأ فى الأولى البقرة ، وفى الثانية آل عمران ، وفى الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة ، وفى الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة ، وفى كل واحدة أم القرآن ؛ ورجحوا أيضا مذهبهم هذا بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « صَلاةُ النَّهَارِ عَجْمَاءُ » ووردت ههنا أيضا أحاديث مخالفة لهذه ، فمنها أنه روى « أنه عليه الصلاة والسلام قرأ فى إحدى الركعتين من صلاة الكسوف بالنجم » ومفهوم هذا أنه جهر ، وكان أحمد وإسحاق يحتجان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسن عن الزهرى عن عروة عن عائشة « أن النبي عليه الصلاة والسلام جهر بالقراءة فى كسوف الشمس » قال أبو عمر : سفيان بن الحسن ليس بالقوى . وقال : وقد تابعه على ذلك عن الزهرى عن عبد الرحمن بن سليمان بن كثير ، وكلهم ليس فى حديث الزهرى ، مع أن حديث ابن إسحاق المتقدم عن عائشة يعارضه ، واحتج هؤلاء أيضا لمذهبهم بالقياس الشبهى ، فقالوا : صلاة سنة

تفعل فى جماعة نهارا ، فوجب أن يجهر فيها أصله العيدان والاستسقاء، وخير فى ذلك كله الطبرى وهى طريقة الجمع ، وقد قلنا إنها أولى من طريقة الترجيح إذا أمكنت ، ولا خلاف فى هذا أعلمه بين الأصوليين .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا فى الوقت الذى تصلى فيه ، فقال الشافعى : تصلى فى جميع الأوقات المنهى عن الصلاة فيها وغير المنهى . وقال أبو حنيفة : لا تصلى فى الأوقات المنهى عن الصلاة فيها . وأما مالك فروى عنه ابن وهب أنه قال : لا يصلى لكسوف الشمس إلا فى الوقت الذى تجوز فيه النافلة . وروى ابن القاسم أن سنتها أن تصلى ضحى إلى الزوال . وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اختلافهم فى جنس الصلاة التى لا تصلى فى الأوقات المنهى عنها ، فمن رأى أن تلك الأوقات تختص بجميع أجناس الصلاة لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها ، ومن رأى أن تلك الأحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده فى الكسوف سنة أجاز ذلك ، ومن رأى أيضا أنها من النفل لم يجزها فى أوقات النهى : وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه إلا تشبيهها بصلاة العيد .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا أيضا هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة ؟ فذهب الشافعى إلى أن ذلك من شرطها . وذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه لا خطبة فى صلاة الكسوف . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى العلة التى من أجلها خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس لما انصرف من صلاة الكسوف على ما فى حديث عائشة وذلك أنها روت « أنه لما انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس حمد الله وأثنى عليه ثم قال : إنَّ الشَّمْسَ والقَمَرَ آيَتَانِ مِنْ آيَاتِ اللهِ لا يُخْسفانِ لِمَوْتِ أحَدٍ ولا لحَيَاتِهِ » الحديث ، فزعم الشافعى أنه إنما خطب لأن من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال فى صلاة العيدين والاستسقاء . وزعم بعض من قال بقول أولئك أن خطبة النبى عليه الصلاة والسلام إنما كانت يومئذ لأن الناس زعموا أن الشمس إنما كسفت لموت إبراهيم ابنه عليه السلام .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا فى كسوف القمر ، فذهب الشافعى إلى أنه يصلى له فى جماعة ، وعلى نحو ما يصلى فى كسوف الشمس ، وبه قال أحمد وداود

وجماعة ؛ وذهب مالك وأبوحنيفة إلى أنه لايصلى له فى جماعة ، واستحب أن يصلى الناس له أفذاذا ركعتين كسائر الصلوات النافلة . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لايخسفان لموت أحد ولا لحياته فإذا رأيتموهما فادعوا الله وصلوا حتى يكشف ما بكم وتصدقوا » خرجه البخارى ومسلم . فمن فهم ههنا من الأمر بالصلاة فيهما معنى واحدا وهى الصفة التى فعلها فى كسوف الشمس رأى الصلاة فيها فى جماعة . ومن فهم من ذلك معنًى مختلفا لأنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه صلى فى كسوف القمر مع كثرة دورانه . قال : المفهوم من ذلك أقل ما ينطلق عليه اسم صلاة فى الشرع ، وهى النافلة فذًا ، وكأن قائل هذا قول يرى أن الأصل هو أن يحمل اسم الصلاة فى الشرع إذا ورد الأمر بها على أقل ما ينطلق عليه هذا الاسم فى الشرع إلا أن يدل الدليل على غير ذلك ، فلما دل فعله عليه الصلاة والسلام فى كسوف الشمس على غير ذلك بقى المفهوم فى كسوف القمر على أصله ، والشافعى يحمل فعله فى كسوف الشمس بيانا لمجمل ما أمر به من الصلاة فيهما ، فوجب الوقوف عند ذلك . وزعم أبو عمر ابن عبد البر أنه روى عن ابن عباس وعثمان أنهما صليا فى القمر فى جماعة ركعتين فى كل ركعة ركوعان مثل قول الشافعى . وقد استحب قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك من الآيات قياسا على كسوف القمر والشمس لنصه عليه الصلاة والسلام على العلة فى ذلك ، وهو كونها آية ، وهو من أقوى أجناس القياس عندهم ، لأنه قياس العلة التى نص عليها ، لكن لم ير هذا مالك ولا الشافعى ولا جماعة من أهل العلم . وقال أبوحنيفة : إن صلى للزلزلة فقد أحسن وإلا فلا حرج ، وروى عن ابن عباس أنه صلى لها مثل صلاة الكسوف .

الباب السابع فى صلاة الاستسقاء

أجمع العلماء على أن الخروج إلى الاستسقاء والبروز عن المصر والدعاء إلى الله تعالى والتضرع إليه فى نزول المطر سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واختلفوا فى الصلاة فى الاستسقاء ، فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج إلى

الاستسقاء إلا أباحنيفة فإنه قال : ليس من سنته الصلاة . وسبب الخلاف أنه ورد فى بعض الآثار أنه استسقى وصلى ، وفى بعضها لم يذكر فيها صلاة ، ومن أشهر ما ورد فى أنه صلى وبه أخذ الجمهور حديث عباد بن تميم عن عمه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقى فصلى بهم ركعتين جهر فيهما بالقراءة . ورفع يديه حذو منكبيه وحوّل رداءه واستقبل القبلة واستسقى » خرجه البخارى ومسلم . وأما الأحاديث التى ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة ، فمنها حديث أنس بن مالك خرّجه مسلم أنه قال « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله هلكت المواشى وتقطعت السبل فادع الله ، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فمطرنا من الجمعة إلى الجمعة» ومنها حديث عبدالله بن زيد المازنى ، وفيه أنه قال « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى ، وحول رداءه حين استقبل القبلة » ولم يذكر فيه صلاة ، وزعم القائلون بظاهر هذا الأثر أن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب ، أعنى أنه خرج إلى المصلى فاستسقى ولم يصل ؛ والحجة للجمهور أنه لم يذكر شيئا ، فليس هو بحجة على من ذكره ، والذى يدل عليه اختلاف الآثار فى ذلك ليس عندى فيه شىء أكثر من أن الصلاة ليست من شرط صحة الاستسقاء ، إذ قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قد استسقى على المنبر ، لا أنها ليست من سنته كما ذهب إليه أبو حنيفة . وأجمع القائلون بأن الصلاة من سنته على أن الخطبة أيضا من سنته لورود ذلك فى الأثر . قال ابن المنذر : ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب واختلفوا هل هى قبل الصلاة أو بعدها ؟ لاختلاف الآثار فى ذلك ، فرأى قوم أنها بعد الصلاة قياسا على صلاة العيدين ، وبه قال الشافعى ومالك . وقال الليث بن سعد : الخطبة قبل الصلاة . قال ابن المنذر : « قد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه استسقى فخطب قبل الصلاة» وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه نأخذ . قال القاضى : وقد خرج ذلك أبوداود من طرق ، ومن ذكر الخطبة فإنما ذكرها فى علمى قبل الصلاة ، واتفقوا على أن القراءة فيها جهرا ، واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر فى العيدين ؟ فذهب مالك إلى أنه يكبر فيها كما يكبر فى سائر الصلوات ، وذهب الشافعى إلى أنه يكبر فيها كما يكبر

فى العيدين . وسبب الخلاف اختلافهم فى قياسها على صلاة العيدين . وقد احتج الشافعى لمذهبه فى ذلك بما روى عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كما يصلى فى العيدين » واتفقوا على أن من سنتها أن يستقبل الإمام القبلة واقفا ويدعو ويحول رداءه رافعا يديه على ما جاء فى الآثار واختلفوا فى كيفية ذلك ، ومتى يفعل ذلك . فأما كيفية ذلك ؟ فالجمهور على أنه يجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه . وقال الشافعى : بل يجعل أعلاه أسفله ، وما على يمينه منه على يساره ، وما على يساره على يمينه . وسبب الاختلاف اختلاف الآثار فى ذلك ، وذلك أنه جاء فى حديث عبد الله ابن زيد « أنه صلى الله عليه وسلم خرج إلى المصلى يستسقى ، فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى ركعتين » وفى بعض رواياته قلت : أجعل الشمال على اليمين ، واليمين على الشمال ، أم أجعل أعلاه أسفله ؟ قال : بل اجعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال . وجاء أيضا فى حديث عبد الله هذا أنه قال « استسقى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء ، فأراد أن يأخذ بأسفلها فيجعله أعلاها ، فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه » وأما متى يفعل الإمام ذلك ، فإن مالكا والشافعى قالا : يفعل ذلك عند الفراغ من الخطبة . وقال أبو يوسف : يحول رداءه إذا مضى صدر من الخطبة ، وروى ذلك أيضا عن مالك ، وكلهم يقول : إنه إذا حول الإمام رداءه قائما حول الناس أرديتهم جلوسا ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما جعل الإمام ليؤتم به » إلا محمد بن الحسن والليث ابن سعد وبعض أصحاب مالك ، فإن الناس عندهم لايحولون أرديتهم بتحويل الإمام ، لأنه لم ينقل ذلك فى صلاته عليه الصلاة والسلام بهم ، وجماعة من العلماء على أن الخروج لها وقت الخروج إلى صلاة العيدين إلا أبا بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم فإنه قال : إن الخروج إليها عند الزوال . وروى أبو داود عن عائشة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس » .

الباب الثامن فى صلاة العيدين

أجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وأنهما بلاأذان ولا إقامة

لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا ما أحدث من ذلك معاوية فى أصح الأقاويل قاله أبو عمر . وكذلك أجمعوا على أن السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلا ما روى عن عثمان بن عفان أنه أخر الصلاة وقدم الخطبة لئلا يفترق الناس قبل الخطبة ، وأجمعوا أيضا على أنه لا توقيت فى القراءة فى العيدين ، وأكثرهم استحب أن يقرأ فى الأولى بسبح ، وفى الثانية بالغاشية لتواتر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واستحب الشافعى القراءة فيهما بـ« ق والقرآن المجيد » و« اقتربت الساعة » لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام . واختلفوا من ذلك فى مسائل أشهرها اختلافهم فى التكبير ، وذلك أنه حكى فى ذلك أبو بكر بن المنذر نحوا من اثنى عشر قولا إلا أنا نذكر من ذلك المشهور الذى يستند إلى صحابى أو سماع فنقول : ذهب مالك إلى أن التكبير فى الأولى من ركعتى العيدين سبع مع تكبيرة الإحرام قبل القراءة ، وفى الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود . وقال الشافعى : فى الأولى ثمانية[1] ، وفى الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود . وقال أبو حنيفة : يكبر فى الأولى ثلاثا بعد تكبيرة الإحرام يرفع يديه فيها ، ثم يقرأ أم القرآن وسورة ، ثم يكبر راكعا ولا يركع يديه ، فإذا قام إلى الثانية وكبر ولم يرفع يديه وقرأ فاتحة الكتاب وسورة ، ثم كبر ثلاث تكبيرات يرفع فيها يديه ، ثم يكبر للركوع ولا يرفع فيها يديه . وقال قوم : فيها تسع فى كل ركعة ، وهو مروى عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وسعيد ابن المسيب ، وبه قال النخعى وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المنقولة فى ذلك عن الصحابة ؛ فذهب مالك رحمه الله إلى ما رواه عن ابن عمر أنه قال شهدت الأضحى والفطر مع أبى هريرة فكبر فى الأولى سبع تكبيرات قبل القراءة فى الآخرة خمسا قبل القراءة ، ولأن العمل عنده بالمدينة كان على هذا ، وبهذا الأثر بعينه أخذ الشافعى ، إلا أنه تأول فى السبع أنه ليس فيها تكبيرة الإحرام كما ليس فى الخمس تكبيرة القيام ، ويشبه أن يكون مالك إنما أصاره أن يعد تكبيرة الإحرام فى السبع ، ويعد تكبيرة القيام زائدا على الخمس المروية أن العمل ألفاه على ذلك ، فكأنه عنده وجه من الجمع بين الأثر والعمل ، وقد

(١) أى ومنها تكبيرة الإحرام اهـ مصححه .

خرج أبو داود معنى حديث أبى هريرة مرفوعا عن عائشة وعن عمرو بن العاصى . وروى أنه سئل أبو موسى الأشعرى وحذيفة بن اليمان : كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر فى الأضحى والفطر ؟ فقال أبو موسى كان « يكبر أربعا على الجنائز » فقال حذيفة : صدق ، فقال أبو موسى : كذلك كنت أكبر فى البصرة حين كنت عليهم ، وقال قوم بهذا . وأما أبو حنيفة وسائر الكوفيين فإنهم اعتمدوا فى ذلك على ابن مسعود ، وذلك أنه ثبت عنه أنه كان يعلمهم صلاة العيدين على الصفة المتقدمة ، وإنما صار الجميع إلى الأخذ بأقاويل الصحابة فى هذه المسئلة ، لأنه لم يثبت فيها عن النبى عليه الصلاة والسلام شىء ، ومعلوم أن فعل الصحابة فى ذلك هو توقيف ، إذ لا مدخل للقياس فى ذلك . وكذلك اختلفوا فى رفع اليدين عند كل تكبيرة ، فمنهم من رأى ذلك وهو مذهب الشافعى ؛ ومنهم من لم ير الرفع إلا فى الاستفتاح فقط ؛ ومنهم من خير : واختلفوا فيمن تجب عليه صلاة العيد : أعنى وجوب السنة ، فقالت طائفة يصليها الحاضر والمسافر ، وبه قال الشافعى والحسن البصرى ، وكذلك قال الشافعى إنه يصليها أهل البوادى ، ومن لا يجمع حتى المرأة فى بيتها وقال أبو حنيفة وأصحابه : إنما تجب صلاة الجمعة والعيدين على أهل الأمصار والمدائن . وروى عن على أنه قال : لا جمعة ولا تشريق إلا فى مصر جامع . وروى عن الزهرى أنه قال : لا صلاة فطر ولا أضحى على مسافر . والسبب فى هذا الاختلاف اختلافهم فى قياسها على الجمعة ، فمن قاسها على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه فى الجمعة ، ومن لم يقسها رأى أن الأصل هو أن كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت استثناؤه من الخطاب . قال القاضى : قد فرقت السنة بين الحكم للنساء فى العيدين والجمعة ، وذلك أنه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام أمر النساء بالخروج للعيدين ولم يأمر بذلك فى الجمعة « وكذلك اختلفوا فى الموضع الذى يجب منه المجىء إليها كاختلافهم فى صلاة الجمعة من الثلاثة الأميال إلى مسيرة اليوم التام . واتفقوا على أن وقتها من شروق الشمس إلى الزوال . واختلفوا فيمن لم يأتهم علم بأنه العيد إلا بعد الزوال ، فقالت طائفة : ليس عليهم أن يصلوا يومهم ولا من الغد وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور ،

وقال آخرون : يخرجون إلى الصلاة فى غداة ثانى العيد ، وبه قال الأوزاعى وأحمد وإسحاق . قال أبو بكر بن المنذر : وبه نقول لحديث رويناه عن النبى عليه الصلاة والسلام « أنه أمرهم أن يفطروا ، فإذا أصبحوا أن يعودوا إلى مصلاهم » قال القاضى : خرجه أبوداود ، إلا أنه عن صحابى مجهول ، ولكن الأصل فيهم رضى الله عنهم حملهم على العدالة ، واختلفوا إذا اجتمع فى يوم واحد عيد وجمعة ، هل يجزئ العيد عن الجمعة ؟ فقال قوم : يجزئ العيد عن الجمعة وليس عليه فى ذلك اليوم إلا العصر فقط ، وبه قال عطاء ، وروى ذلك عن ابن الزبير وعلى . وقال قوم : هذه رخصة لأهل البوادى الذين يردون الأمصار للعيد والجمعة خاصة كما روى عن عثمان أنه خطب فى يوم عيد وجمعة فقال : من أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة فلينتظر ، ومن أحب أن يرجع فليرجع ، رواه مالك فى الموطأ ، وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعى وقال مالك وأبوحنيفة : إذا اجتمع عيد وجمعة فالمكلف مخاطب بهما جميعا ، العيد على أنه سنة ، والجمعة على أنها فرض ، ولا ينوب أحدهما عن الآخر ، وهذا هو الأصل إلا أن يثبت فى ذلك شرع يجب المصير إليه ، ومن تمسك بقول عثمان ، فلأنه رأى أن مثل ذلك ليس هو بالرأى وإنما هو توقيف ، وليس هو بخارج عن الأصول كل الخروج . وأما إسقاط فرض الظهر والجمعة التى هى بدله لمكان صلاة العيد فخارج عن الأصول جدا ، إلا أن يثبت فى ذلك شرع يجب المصير إليه . واختلفوا فيمن تفوته صلاة العيد مع الإمام ، فقال قوم : يصلى أربعا ، وبه قال أحمد والثورى ، وهو مروى عن ابن مسعود . وقال قوم : بل يقضيها على صفة صلاة الإمام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويجهر كجهره ، وبه قال الشافعى وأبو ثور . وقال قوم : بل ركعتين فقط لايجهر فيهما ولا يكبر تكبير العيد . وقال قوم : إن صلى الإمام فى المصلى صلى ركعتين ، وإن صلى فى غير المصلى صلى أربع ركعات . وقال قوم : لاقضاء عليه أصلا ، وهو قول مالك وأصحابه . وحكى ابن المنذر عنه مثل قول الشافعى ، فمن قال أربعا شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ، ومن قال ركعتين كما صلاهما الإمام فمصيرا إلى أن الأصل هو أن القضاء يجب أن يكون على صفة الأداء ، ومن منع القضاء فلأنه رأى أنها صلاة من شرطها

الجماعة والإمام كالجمعة ، فلم يجب قضاؤها ركعتين ولا أربعا إذ ليست هى بدلا من شىء ، وهذان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر : أعنى قول الشافعى وقول مالك . وأما سائر الأقاويل فى ذلك فضعيف لامعنى له ، لأن صلاة الجمعة بدل من الظهر ، وهذه ليست بدلا من شىء ، فكيف يجب أن تقاس إحداهما على الأخرى فى القضاء ، وعلى الحقيقة فليس من فاتته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هى أداء ، لأنه إذا فاته البدل وجبت هى والله الموفق للصواب . واختلفوا فى التنفل قبل صلاة العيد وبعدها ، فالجمهور على أنه لايتنفل لاقبلها ولابعدها ، وهو مروى عن على بن أبى طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر ، وبه قال أحمد . وقيل يتنفل قبلها وبعدها ، وهو مذهب أنس وعروة ، وبه قال الشافعى . وفيه قول ثالث وهو أن يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها ، وقال به الثورى والأوزاعى وأبوحنيفة ، وهو مروى أيضا عن ابن مسعود ، وفرق قوم بين أن تكون الصلاة فى المصلى أو فى المسجد ، وهو مشهور مذهب مالك . وسبب اختلافهم أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم فطر أو يوم أضحى فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولابعدهما » وقال عليه الصلاة والسلام « إذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين » وترددها أيضا من حيث هى مشروعة بين أن يكون حكمها فى استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة أو لايكون ذلك حكمها ؟ فمن رأى أن تركه الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها ولم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلى لم يستحب تنفلا قبلها ولابعدها ، ولذلك تردد المذهب فى الصلاة قبلها إذا صليت فى المسجد لكون دليل الفعل معارضا فى ذلك القول ، أعنى أنه من حيث هو داخل فى مسجد يستحب له الركوع ، ومن حيث هو مصل صلاة العيد يستحب له أن لايركع تشبها بفعله عليه الصلاة والسلام : ومن رأى أن ذلك من باب الرخصة ، ورأى أن اسم المسجد ينطلق على المصلى ندب إلى التنفل قبلها . ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحب التنفل قبلها وبعدها كما قلنا . ورأى قوم أن التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لامن باب المندوب ولا من باب المكروه ، وهو أقل اشتباها إن لم يتناول اسم المسجد المصلى : واختلفوا فى وقت التكبير فى عيد الفطر بعد أن أجمع على استحبابه

الجمهور لقوله تعالى ـ ولِتُكْمِلُوا العِدَّةَ ولِتُكَبِّرُوا اللهَ عَلَى ما هَدَاكُمْ ـ فقال جمهور العلماء : يكبر عند الغدو إلى الصلاة ، وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور . وقال قوم يكبر من ليلة الفطر إذا رأوا الهلال حتى يغدو إلى المصلى وحتى يخرج الإمام ، وكذلك فى ليلة الأضحى عندهم إن لم يكن حاجا . وروى عن ابن عباس إنكار التكبير جملة إلا إذا كبر الإمام ، واتفقوا أيضا على التكبير فى أدبار الصلوات أيام الحج . واختلفوا فى توقيت ذلك اختلافا كثيرا ، فقال قوم : يكبر من صلاة الصبح يوم عرفة إلى العصر من آخر أيام التشريق ، وبه قال سفيان وأحمد وأبو ثور . وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر إلى صلاة الصبح من آخر أيام التشريق ، وهو قول مالك والشافعى . وقال الزهرى مضت السنة أن يكبر الإمام فى الأمصار دبر صلاة الظهر من يوم النحر إلى العصر من آخر أيام التشريق .

وبالجملة فالخلاف فى ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة أقوال . وسبب اختلافهم فى ذلك هو أنه نقلت بالعمل ولم ينقل فى ذلك قول محدود ، فلما اختلفت الصحابة فى ذلك اختلف من بعدهم . والأصل فى هذا الباب قوله تعالى ـ واذْكُرُوا اللهَ فى أيَّام مَعْدُودات ـ فهذا الخطاب وإن كان المقصود به أولا أهل الحج ، فإن الجمهور رأوا أنه يعم أهل الحج وغيرهم وتلقى ذلك بالعمل وإن كانوا اختلفوا فى التوقيت فى ذلك ، ولعل التوقيت فى ذلك على التخيير لأنهم كلهم أجمعوا على التوقيت واختلفوا فيه . وقال قوم : التكبير دبر الصلاة فى هذه الأيام إنما هو لمن صلى فى جماعة ، وكذلك اختلفوا فى صفة التكبير فى هذه الأيام ، فقال مالك والشافعى : يكبر ثلاثا الله أكبر الله أكبر الله أكبر . وقيل يزيد بعد هذا لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شىء قدير . وروى عن ابن عباس أنه يقول : الله أكبر كبيرا ثلاث مرات ، ثم يقول الرابعة ولله الحمد . وقالت جماعة : ليس فيه شىء مؤقت . والسبب فى هذا الاختلاف عدم التحديد فى ذلك فى الشرع مع فهمهم من الشرع فى ذلك التوقيت : أعنى فهم الأكثر . وهذا هو السبب فى اختلافهم فى توقيت زمان التكبير ، أعنى فهم التوقيت مع عدم النص فى ذلك ، وأجمعوا

على أنه يستحب أن يفطر فى عيد الفطر قبل الغدو إلى المصلى ، وأن لايفطر يوم الأضحى إلا بعد الانصراف من الصلاة ، وأنه يستحب أن يرجع من غير الطريق التى مشى عليها لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام .

الباب التاسع فى سجود القرآن

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى خمسة فصول : فى حكم السجود . وفى عدد السجدات التى هى عزائم ، أعنى التى يسجد لها . وفى الأوقات التى يسجد لها . وعلى من يجب السجود . وفى صفة السجود . فأما حكم سجود التلاوة فإن أباحنيفة وأصحابه قالوا : هو واجب ، وقال مالك والشافعى : هو مسنون وليس بواجب . وسبب الخلاف اختلافهم فى مفهوم الأوامر بالسجود والأخبار التى معناها معنى الأوامر بالسجود مثل قوله تعالى ـ إِذَا تُتْلَى عَلَيْهِمْ آيَاتُ الرَّحْمَنِ خَرُّوا سُجَّدًا وَبُكِيًّا ـ هل هى محمولة على الوجوب، أو على الندب فأبوا حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب ، ومالك والشافعى اتبعا فى مفهومها الصحابة إذ كانوا هم أقعد بفهم الأوامر الشرعية ، وذلك أنه لما ثبت أن عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد وسجد الناس فلما كان فى الجمعة الثانية وقرأها تهيأ الناس للسجود فقال : على رسلكم إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء قالوا وهذا بمحضر الصحابة ، فلم ينقل عن أحد منهم خلاف وهم أفهم بمغزى الشرع ، وهذا إنما يحتج به من يرى قول الصحابى إذا لم يكن له مخالف حجة ، وقد احتج أصحاب الشافعى فى ذلك بحديث زيد بن ثابت أنه قال « كنت أقرأ القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة الحج فلم يسجد ولم نسجد » وكذلك أيضا يحتج لهؤلاء بما روى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه لم يسجد فى المفصل» وبما روى أنه سجد فيها لأن وجه الجمع بين ذلك يقتضى أن لايكون السجود واجبا ، وذلك بأن يكون كل واحد منهم حدّث بما رأى ، من قال إنه سجد ، ومن قال إنه لم يسجد . وأما أبوحنيفة فتمسك فى ذلك بأن الأصل هو حمل الأوامر على الوجوب والأخبار التى تتنزل منزلة الأوامر وقد قال أبو المعالى : إن احتجاج أبى حنيفة بالأوامر الواردة بالسجود فى ذلك لامعنى له ، فإن إيجاب

السجود مطلقا ليس يقتضى وجوبه مقيدا وهو عند القراءة : أعنى قراءة آية السجود قال : ولو كان الأمر كما زعم أبو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الآية التى فيها الأمر بالصلاة ، وإذا لم يجب ذلك فليس يجب السجود عند قراءة الآية التى فيها الأمر بالسجود من الأمر بالسجود. ولأبى حنيفة أن يقول ، قد أجمع المسلمون على أن الأخبار الواردة فى السجود عند تلاوة القرآن هى بمعنى الأمر وذلك فى أكثر المواضع ، وإذا كان ذلك كذلك فقد ورد الأمر بالسجود مقيدا بالتلاوة أعنى عند التلاوة ، وورد الأمر به مطلقا فوجب حمل المطلق على المقيد ، وليس الأمر فى ذلك بالسجود كالأمر بالصلاة ، فإن الصلاة قيد وجوبها بقيود أخر ، وأيضا فإن النبى عليه الصلاة والسلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى الأمر بالسجود الوارد فيها : أعنى أنه عند التلاوة ، فوجب أن يحمل مقتضى الأمر فى الوجوب عليه. وأما عدد عزائم سجود القرآن ، فإن مالكا قال فى الموطأ : الأمر عندنا أن عزائم سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ليس فى المفصل منها شىء وقال أصحابه. أولها خاتمة الأعراف ، وثانيها فى الرعد عند قوله تعالى - بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ - وثالثها فى النحل عند قوله تعالى - وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ - ورابعها فى بنى إسرائيل عند قوله تعالى - وَيَزِيدُهُمْ خُشُوعًا - وخامسها فى مريم عند قوله تعالى - خَرُّوا سُجَّدًا وَبُكِيًّا - وسادسها الأولى من الحج عند قوله تعالى - إِنَّ اللَّهَ يَفْعَلُ مَا يَشَاءُ - وسابعها فى الفرقان عند قوله تعالى - وَزَادَهُمْ نُفُورًا - وثامنها فى النمل عند قوله تعالى - رَبُّ الْعَرْشِ الْعَظِيمِ - وتاسعها فى - الم تنزيل - عند قوله تعالى - وَهُمْ لَا يَسْتَكْبِرُونَ - وعاشرها فى - ص - عند قوله تعالى - وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ - والحادية عشرة فى - حم تنزيل - عند قوله تعالى - إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ - وقيل عند قوله - وَهُمْ لَا يَسْأَمُونَ - وقال الشافعى : أربع عشرة سجدة : ثلاث منها فى المفصل : فى الانشقاق وفى النجم وفى - اقرأ باسم ربك - ولم ير فى - ص - سجدة لأنها عنده من باب الشكر . وقال أحمد : هى خمسة عشرة سجدة أثبت فيها الثانية من الحج وسجدة - ص - وقال أبو حنيفة : هى اثنتا عشرة سجدة . قال

الطحاوى : وهى كل سجدة جاءت بلفظ الخبر : والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى المذاهب التى اعتمدوها فى تصحيح عددها وذلك أن منهم من اعتمد عمل أهل المدينة ، ومنهم من اعتمد القياس ، ومنهم من اعتمد السماع . أما الذين اعتمدوا العمل فمالك وأصحابه : وأما الذين اعتمدوا القياس فأبو حنيفة وأصحابه ، وذلك أنهم قالوا : وجدنا السجدات التى أجمع عليها جاءت بصيغة الخبر ، وهى سجدة الأعراف والنحل والرعد والإسراء ومريم وأول الحج والفرقان والنمل والم تنزيل ، فوجب أن تلحق بها سائر السجدات التى جاءت بصيغة الخبر ، وهى التى فى ص وفى الانشقاق ، ويسقط ثلاثة جاءت بلفظ الأمر وهى التى فى والنجم وفى الثانية من الحج وفى اقرأ باسم ربك وأما الذين اعتمدوا السماع فإنهم صاروا إلى ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من سجوده فى الانشقاق وفى ـ اقرأ باسم ربك ـ وفى ـ والنجم ـ خرج ذلك مسلم : وقال الأثرم : سئل أحمد كم فى الحج من سجدة ؟ قال سجدتان . وصحح حديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « فى الحج سَجدتَانِ » وهو قول عمر وعلى . قال القاضى : خرجه أبو داود . وأما الشافعى فإنه إنما صار إلى إسقاط سجدة ص لما رواه أبو داود عن أبى سعيد الخدرى « أن النبى عليه الصلاة والسلام قرأ وهو على المنبر آية السجود من سورة ـ ص ـ فنزل وسجد فلما كان يوم آخر قرأها فتهيأ الناس للسجود فقال : إنَّمَا هِىَ تَوْبَةُ نَبِىٍّ ، ولكِنْ رَأَيْتكُمْ تَشيرُونَ لِلسُّجُود فَنَزَلْتُ فَسَجَدْتُ » وفى هذا ضرب من الحجة لأبى حنيفة فى قوله بوجوب السجود ، لأنه علل ترك السجود فى هذه السجدة بعلة انتفت فى غيرها من السجدات ، فوجب أن يكون حكم التى انتفت عنها العلة بخلاف التى ثبتت لها العلة ، وهو نوع من الاستدلال وفيه اختلاف ، لأنه من باب تجويز دليل الخطاب : وقد احتج بعض من لم ير السجود فى المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه أبو داود « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد فى شىء من المفصل منذ هاجر إلى المدينة » قال أبو عمر : وهو منكر لأن أبا هريرة الذى روى سجوده فى المفصل لم يصحبه عليه الصلاة والسلام إلا بالمدينة : وقد روى الثقات عنه « أنه سجد عليه الصلاة والسلام

فى والنجم » . وأما وقت السجود فإنهم اختلفوا فيه ؛ فمنع قوم السجود فى الأوقات المنهى عن الصلاة فيها ، وهو مذهب أبى حنيفة على أصله فى منع الصلوات المفروضة فى هذه الأوقات ، ومنع مالك أيضا ذلك فى الموطأ لأنها عنده من النفل والنفل ممنوع فى هذه الأوقات عنده . وروى ابن القاسم عنه أنه يسجد فيها بعد العصر مالم تصفر الشمس أو تتغير ، وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعى وهذا بناء على أنها سنة وأن السنن تصلى فى هذه الأوقات ما لم تدن الشمس من الغروب أو الطلوع . وأما على من يتوجه حكمها ؟ فأجمعوا على أنه يتوجه على القارئ فى صلاة كان أو فى غير صلاة . واختلفوا فى السامع هل عليه سجود أم لا ؟ فقال أبو حنيفة : عليه السجود ، ولم يفرق بين الرجل والمرأة . وقال مالك : يسجد السامع بشرطين : أحدهما إذا كان قعد ليسمع القرآن ، والآخر أن يكون القارئ يسجد ، وهو مع هذا ممن يصح أن يكون إماما للسامع . وروى ابن القاسم عن مالك أنه يسجد السامع ، وإن كان القارئ ممن لايصلح للإمامة إذا جلس إليه . وأما صفة السجود فإن جمهور الفقهاء قالوا : إذا سجد القارئ كبر إذا خفض وإذا رفع ، واختلف قول مالك فى ذلك إذا كان فى غير صلاة . وأما إذا كان فى الصلاة فإنه يكبر قولا واحدا .

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله

كتاب أحكام الميت

والكلام فى هذا الكتاب وهى حقوق الأموات على الأحياء . ينقسم إلى ست جمل : الجملة الأولى : فيما يستحب أن يفعل به عند الاحتضار ، وبعده . الثانية : فى غسله : الثالثة : فى تكفينه . الرابعة : فى حمله واتباعه . الخامسة : فى الصلاة عليه . السادسة : فى دفنه .

الباب الأول

فيما يستحب أن يفعل به عند الاحتضار وبعده

ويستحب أن يلقن الميت عند الموت شهادة أن لاإله إلا الله ، لقوله عليه

الصلاة والسلام «لَقِّنُوا مَوْتَاكُمْ شَهَادَةَ أَنْ لاإِلَهَ إِلاَّ اللهُ» وقوله «مَنْ كَانَ آخِرَ قَوْلِهِ لاإِلَهَ إِلاَّ اللهُ دَخَلَ الجَنَّةَ» . واختلفوا فى استحباب توجيهه إلى القبلة ، فرأى ذلك قوم ولم يره آخرون . وروى عن مالك أنه قال فى التوجيه : ماهو من الأمر القديم . وروى عن سعيد بن المسيب أنه أنكر ذلك ولم يرو ذلك عن أحد من الصحابة ولامن التابعين : أعنى الأمر بالتوجيه ، فإذا قضى الميت غمض عينيه ، ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك ، إلا الغريق، فإنه يستحب فى المذهب تأخير دفنه مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته : قال القاضى : وإذا قيل هذا فى الغريق فهو أولى فى كثير من المرضى مثل الذين يصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الأطباء حتى لقد قال الأطباء إن المسكوتين لاينبغى أن يدفنوا إلا بعد ثلاث .

الباب الثانى فى غسل الميت

ويتعلق بهذا الباب فصول أربعة : منها فى حكم الغسل . ومنها فيمن يجب غسله من الموتى . ومن يجوز أن يغسل ، وماحكم الغاسل . ومنها فى صفة الغسل .

الفصل الأول فى حكم الغسل

فأما حكم الغسل فإنه قيل فيه إنه فرض على الكفاية : وقيل سنة على الكفاية . والقولان كلاهما فى المذهب . والسبب فى ذلك أنه نقل بالعمل لابالقول ، والعمل ليس له صيغة تفهم الوجوب أو لاتفهمه . وقد احتج عبد الوهاب لوجوبه بقوله عليه الصلاة والسلام فى ابنته «اغْسِلْنَهَا ثَلاثا أو خَمْسا» وبقوله فى المحرم «اغْسِلُوهُ» فمن رأى أن هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل لامخرج الأمر به لم يقل بوجوبه ، ومن رأى أنه يتضمن الأمر والصفة قال : بوجوبه.

الفصل الثانى فيمن يجب غسله من الموتى

وأما الأموات الذين يجب غسلهم فإنهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذى لم يقتل فى معترك حرب الكفار . واختلفوا فى غسل الشهيد وفى

الصلاة عليه وفى غسل المشرك . فأما الشهيد : أعنى الذى قتله فى المعترك المشركون ، فإن الجمهور على ترك غسله لما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلى أحد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم » وكان الحسن وسعيد ابن المسيب يقولان : يغسل كل مسلم فان كل ميت يجنب ، ولعلهم كانوا يرون أن ما فعل بقتلى أحد كان لموضع الضرورة : أعنى المشقة فى غسلهم ، وقال بقولهم من فقهاء الأمصار عبيد الله بن الحسن العنبرى . وسئل أبو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقال : قد غسل عمر وكفن وحنط وصلى عليه ، وكان شهيدا يرحمه الله . واختلف الذين اتفقوا على أن الشهيد فى حرب المشركين لايغسل فى الشهداء من قتل اللصوص أو غير أهل الشرك . فقال الأوزاعى وأحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله أهل الشرك : وقال مالك والشافعى : يغسل . وسبب اختلافهم هو هل الموجب لرفع حكم الغسل هى الشهادة مطلقا أو الشهادة على أيدى الكفار ، فمن رأى أن سبب ذلك هى الشهادة مطلقا قال : لايغسل كل من نص عليه النبى عليه الصلاة والسلام أنه شهيد ممن قتل . ومن رأى أن سبب ذلك هى الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم . وأما غسل المسلم الكافر فكان مالك يقول : لايغسل المسلم والده الكافر ولا يقبره ، إلا أن يخاف ضياعه فيواريه . وقال الشافعى : لابأس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفنهم ، وبه قال أبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه قال أبو بكر بن المنذر : ليس فى غسل الميت المشرك سنة تتبع ، وقد روى « أن النبى عليه الصلاة والسلام . أمر بغسل عمه لما مات » . وسبب الخلاف هل الغسل من باب العبادة ، أو من باب النظافة ؟ فإن كانت عبادة لم يجز غسل الكافر ، وإن كانت نظافة جاز غسله :

الفصل الثالث فيمن يجوز أن يغسل الميت

وأما من يجوز أن يغسل الميت ، فإنهم اتفقوا على أن الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلون النساء . واختلفوا فى المرأة تموت مع الرجال ، أو الرجل يموت مع النساء ما لم يكونا زوجين على ثلاثة أقوال : فقال قوم : يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب . وقال قوم : ييمم كل واحد منهما صاحبه ،

وبه قال الشافعي وأبوحنيفة وجمهور العلماء . وقال قوم : لايغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه ، وبه قال الليث بن سعد ، بل يدفن من غير غسل . وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهى على الأمر ، أو الأمر على النهى ، وذلك أن الغسل مأمور به ، ونظر الرجل إلى بدن المرأة والمرأة إلى بدن الرجل منهى عنه . فمن غلب النهى تغليبا مطلقا ، أعنى لم يقس الميت على الحى فى كون الطهارة التراب له بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال : لايغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه . ومن غلب الأمر على النهى قال يغسل كل واحد منهما صاحبه : أعنى غلب الأمر على النهى تغليبا مطلقا . ومن ذهب إلى التيمم فلأنه رأى أنه لايلحق الآمر والنهى فى ذلك تعارض ، وذلك أن النظر إلى مواضع التيمم يجوز لكلا الصنفين ، ولذلك رأى مالك أن ييمم الرجل المرأة فى يديها ووجهها فقط لكون ذلك منها ليسا بعورة ، وأن تيمم المرأة الرجل إلى المرفقين لأنه ليس من الرجل عورة إلا من السرة إلى الركبة على مذهبه ، فكأن الضرورة التى نقلت الميت من الغسل إلى التيمم عند من قال به هى تعارض الأمر والنهى ، فكأنه شبه هذه الضرورة بالضرورة التى يجوز معها للحى التيمم ، وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور . فأما مالك فاختلف فى قوله هذه المسئلة فمرة قال : ييمم كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقا ، ومرة فرق فى ذلك بين ذوى المحارم وغيرهم ، ومرة فرق فى ذوى المحارم بين الرجال والنساء ، فيتحصل عنه أن له فى ذوى المحارم ثلاثة أقوال : أشهرها أنه يغسل كل واحد منهما صاحبه على الثياب . والثانى أنه لايغسل أحدهما صاحبه لكن ييممه مثل قول الجمهور فى غير ذوى المحارم . والثالث الفرق بين الرجال والنساء : أعنى تغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل المرأة . فسبب المنع أن كل واحد منهما لايحل له أن ينظر إلى موضع الغسل من صاحبه كالأجانب سواء . وسبب الإباحة أنه موضع ضرورة وهم أعذر فى ذلك من الأجنبى . وسبب الفرق أن نظر الرجال إلى النساء أغلظ من نظر النساء إلى الرجال ، بدليل أن النساء حجبن عن نظر الرجال إليهن ولم يحجب الرجال عن النساء . وأجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها . واختلفوا فى جواز غسله إياها ، فالجمهور على جواز ذلك ؛ وقال أبو حنيفة : لا يجوز غسل

الرجل زوجته . وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق ، فمن شبهه بالطلاق قال : لايحل أن ينظر إليها بعد الموت ، ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال : إن ما يحل له من النظر إليها قبل الموت يحل له بعد الموت ، وإنما دعا أباحنيفة أن يشبه الموت بالطلاق لأنه رأى أنه إذا ماتت إحدى الأختين حل له نكاح الأخرى ، كالحال فيها إذا طلقت ، وهذا فيه بعد ، فإن علة منع الجمع مرتفعة بين الحى والميت ، ولذلك حلت إلا أن يقال إن علة منع الجمع غير معقولة ، وإن منع الجمع بين الأختين عبادة محضة غير معقولة المعنى ، فيقوى حينئذ مذهب أبى حنيفة ، وكذلك أجمعوا على أن المطلقة المبتوتة لاتغسل زوجها ، واختلفوا فى الرجعية ، فروى عن مالك أنها تغسله ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه . وقال ابن القاسم : لاتغسله وإن كان الطلاق رجعيا وهو قياس قول مالك ، لأنه ليس يجوز عنده أن يراها ، وبه قال الشافعى : وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج أن ينظر إلى الرجعية أو لاينظر إليها ؟ وأما حكم الغاسل فإنهم اختلفوا فيا يجب عليه ، فقال قوم : من غسل ميتا وجب عليه الغسل . وقال قوم : لاغسل عليه : وسبب اختلافهم معارضة حديث أبى هريرة لحديث أسماء ، وذلك أن أبا هريرة روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « مَنْ غَسَّلَ مَيِّتا فلْيَغْتَسِلْ ، ومَنْ حَمَلَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ » خرجه أبو داود . وأما حديث أسماء فإنها لما غسلت أبا بكر رضى الله عنه خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين والأنصار وقالت إنى صائمة ، وإن هذا يوم شديد البرد فهل علىّ من غسل ؟ قالوا لا ، وحديث أسماء فى هذا صحيح . وأما حديث أبى هريرة فهو عند أكثر أهل العلم فيا حكى أبو عمر غير صحيح ، لكن حديث أسماء ليس فيه فى الحقيقة معارضة له ، فإن من أنكر الشىء يحتمل أن يكون ذلك لأنه لم تبلغه السنة فى ذلك الشىء ، وسؤال أسماء والله أعلم يدل على الخلاف فى ذلك فى الصدر الأول ، ولهذا كله قال الشافعى رضى الله عنه على عادته فى الاحتياط والالتفات إلى الأثر لاغسل على من غسل الميت إلا أن يثبت حديث أبى هريرة .

الفصل الرابع فى صفة الغسل

وفى هذا الفصل مسائل :

(إحداها) هل ينزع عن الميت قميصه إذا غسل ؟ أم يغسل فى قميصه ؟

اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك : إذا غسل الميت تنزع ثيابه وتستر عورته ، وبه قال أبوحنيفة ، وقال الشافعى : يغسل فى قميصه . وسبب اختلافهم تردد غسله عليه الصلاة والسلام فى قميصه بين أن يكون خاصا به وبين أن يكون سنة فمن رأى أنه خاص به وأنه لايحرم من النظر إلى الميت إلا ما يحرم منه وهو حى قال . يغسل عريانا إلا عورته فقط التى يحرم النظر إليها فى حال الحياة . ومن رأى أن ذلك سنة يستند إلى باب الإجماع أو إلى الأمر الإلهى ، لأنه روى فى الحديث أنهم سمعوا صوتا يقول لهم : لاتنزعوا القميص ، وقد ألقى عليهم النوم قال : الأفضل أن يغسل الميت فى قميصه .

(المسئلة الثانية) قال أبوحنيفة : لايوضأ الميت . وقال الشافعى : يوضأ . وقال مالك : إن وضئ فحسن . وسبب الخلاف فى ذلك معارضة القياس للأثر . وذلك أن القياس يقتضى أن لاوضوء على الميت ، لأن الوضوء طهارة مفروضة لموضع العبادة ، وإذا أسقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذى هو الوضوء ولولا أن الغسل ورد فى الآثار لما وجب غسله . وظاهر حديث أم عطية الثابت أن الوضوء شرط فى غسل الميت لأن فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى غسل ابنته « ابْدَأْنَ بِمَيَامِنِهَا وَمَوَاضِعِ الوُضُوءِ مِنْهَا » وهذه الزيادة ثابتة خرّجها البخارى ومسلم ، ولذلك يجب أن تعارض بالروايات التى فيها الغسل مطلقا ، لأن المقيد يقضى على المطلق ، إذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ، ويشبه أيضا أن يكون من أسباب الخلاف فى ذلك معارضة المطلق للمقيد ، وذلك أنه وردت آثار كثيرة فيها الأمر بالغسل مطلقا من غير ذكر وضوء فيها ، فهؤلاء رجحوا الإطلاق على التقييد لمعارضة القياس له فى هذا الموضع . والشافعى جرى على الأصل من حمل المطلق على المقيد .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى التوقيت فى الغسل ، فمنهم من أوجبه ، ومنهم من استحسنه واستحبه . والذين أوجبوا التوقيت منهم من أوجب الوتر ، أى وتر كان ، وبه قال ابن سيرين . ومنهم من أوجب الثلاثة فقط ، وهو أبوحنيفة . ومنهم من حد أقل الوتر فى ذلك فقال : لاينقص عن الثلاثة ، ولم يحد الأكثر وهو الشافعى . ومنهم من حد الأكثر فى ذلك فقال : لايتجاوز به السبعة ، وهو أحمد بن حنبل . وممن قال باستحباب الوتر ولم يحد فيه حدا مالك بن أنس

وأصحابه . وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترطه بل استحبه معارضة القياس للأثر ، وذلك أن ظاهر حديث أم عطية يقتضى التوقيت ، لأن فيه « اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو أكثر من ذلك إن رأيتن » وفى بعض رواياته « أوسبعا » . وأما قياس الميت على الحى فى الطهارة فيقتضى أن لاتوقيت فيها كما ليس فى طهارة الحى توقيت ، فمن رجح الأثر على النظر قال بالتوقيت . ومن رأى الجمع بين الأثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب. وأما الذين اختلفوا فى التوقيت ، فسبب اختلافهم ألفاظ الروايات فى ذلك عن أم عطية . فأما الشافعى فإنه رأى أن لاينقص عن ثلاثة لأنه أقل وتر نطق به فى حديث أم عطية ، ورأى أن ما فوق ذلك مباح لقوله عليه الصلاة والسلام « أو أكثر من ذلك إن رأيتن » . وأما أحمد فأخذ بأكثر وتر نطق به فى بعض روايات الحديث ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أو سبعا » . وأما أبو حنيفة فصار فى قصره الوتر على الثلاث لما روى أن محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل عن أم عطية « ثلاثا يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور » وأيضا فإن الوتر الشرعى عنده إنما ينطلق على الثلاث فقط . وكان مالك يستحب أن يغسل فى الأولى بالماء القراح ، وفى الثانية بالسدر ، وفى الثالثة بالماء والكافور . واختلفوا إذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله أم لا ؟ فقيل لايعاد ، وبه قال مالك ، وقيل يعاد . والذين رأوا أنه يعاد اختلفوا فى العدد الذى تجب به الإعادة إن تكرر خروج الحدث ، فقيل يعاد الغسل عليه واحدة ، وبه قال الشافعى . وقيل يعاد ثلاثا . وقيل يعاد سبعا . وأجمعوا على أنه لايزاد على السبع شىء . واختلفوا فى تقليم أظفار الميت والأخذ من شعره ، فقال قوم : تقلم أظفاره ويوخذ منه . وقال قوم : لاتقلم أظفاره ولايؤخذ من شعره وليس فيه أثر . وأما سبب الخلاف فى ذلك ، فالخلاف الواقع فى ذلك فى الصدر الأول ، ويشبه أن يكون سبب الخلاف فى ذلك قياس الميت على الحى ، فمن قاسه أوجب تقليم الأظفار وحلق العانة لأنها من سنة الحى باتفاق ، وكذلك اختلفوا فى عصر بطنه قبل أن يغسل . فمنهم من رأى ذلك ، ومنهم من لم يره . فمن رآه رأى أن فيه ضربا من الاستنقاء من الحدث عند ابتداء الطهارة ، وهو مطلوب

من الميت كما هو مطلوب من الحي . ومن لم ير ذلك رأى أنه من باب تكليف ما لم يشرع ، وأن الحي في ذلك بخلاف الميت .

الباب الثالث في الأكفان

والأصل في هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة » وخرج أبو داود عن ليلى بنت قائف الثقفية قالت « كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكان أول ما أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقو ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد في الثوب الآخر ، قالت : ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس عند الباب معه أكفانها يناولناها ثوبا ثوبا » فمن العلماء من أخذ بظاهر هذين الأثرين فقال : يكفن الرجل في ثلاثة أثواب والمرأة في خمسة أثواب ، وبه قال الشافعي وأحمد وجماعة . وقال أبو حنيفة : أقل ماتكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب ، والسنة خمسة أثواب ، وأقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان ، والسنة فيه ثلاثة أثواب . ورأى مالك أنه لاحد في ذلك ، وأنه يجزئ ثوب واحد فيهما إلا أنه يستحب الوتر . وسبب اختلافهم في التوقيت اختلافهم في مفهوم هذين الأثرين ، فمن فهم منهما الإباحة لم يقل بتوقيت إلا أنه استحب الوتر لاتفاقهما في الوتر ، ولم يفرق في ذلك بين المرأة والرجل ، وكأنه فهم منهما الإباحة إلا في التوقيت ، فإنه فهم منه شرعا لمناسبته للشرع ، ومن فهم من العدد أنه شرع الإباحة قال بالتوقيت ، إما على جهة الوجوب ، وإما على جهة الاستحباب ، وكله واسع إن شاء الله وليس فيه شرع محدود ، ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع ، وقد كفن مصعب بن عمير يوم أحد بنمرة فكانوا إذا غطوا بها رأسه خرجت رجلاه ، وإذا غطوا بها رجليه خرج رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « غَطُّوا بِهَا رَأْسَهُ وَاجْعَلُوا عَلَى رِجْلَيْهِ مِنَ الإِذْخِرِ » واتفقوا على أن الميت يغطى رأسه ويطيب إلا المحرم إذا مات في إحرامه فإنهم اختلفوا فيه ، فقال مالك وأبو حنيفة : المحرم بمنزلة غير المحرم . وقال الشافعي : لايغطى رأس المحرم إذا مات ولا يمس طيبا . وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . فأما الخصوص فهو حديث

ابن عباس قال « أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل وقصته راحلته فمات وهو محرم فقال : كَفِّنُوهُ فى ثَوْبَيْنِ واغْسِلُوهُ بِمَاء وسِدْرٍ ولا تُخَمِّرُوا رأسَهُ ولا تَقْرَبُوهُ طِيبا فإنَّهُ يُبْعَثُ يَوْمَ القِيامَةِ يُلَبِّى » وأما العموم فهو ما ورد من الأمر بالغسل مطلقا فمن خص من الأموات المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء بقتلى أحد جعل الحكم منه عليه الصلاة والسلام على الواحد حكما على الجميع ، وقال : لايغطى رأس المحرم ولا يمس طيبا . ومن ذهب مذهب الجمع لامذهب الاستثناء والتخصيص قال : حديث الأعرابى خاص به لايعدى إلى غيره .

الباب الرابع فى صفة المشى مع الجنازة

واختلفوا فى سنة المشى مع الجنازة . فذهب أهل المدينة إلى أن من سنتها المشى أمامها . وقال الكوفيون وأبوحنيفة وسائرهم : إن المشى خلفها أفضل . وسبب اختلافهم اختلاف الآثارالتى روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به ، فروى مالك عن النبى عليه الصلاة والسلام مرسلا ، المشى أمام الجنازة ، وعن أبى بكر وعمر وبه قال الشافعى . وأخذ أهل الكوفة بما رووا عن على بن أبى طالب من طريق عبد الرحمن بن أبزى قال : كنت أمشى مع على فى جنازة وهو آخذ بيدى وهو يمشى خلفها وأبو بكر وعمر يمشيان أمامها ، فقلت له فى ذلك فقال : إن فضل الماشى خلفها على الماشى أمامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة ، وإنهما ليعلمان ذلك ، ولكنهما سهلان يسهلان على الناس . وروى عنه رضى الله عنه أنه قال : قدمها بين يديك واجعلها نصب عينيك فإنما هى موعظة وتذكرة وعبرة ، وبما روى أيضا عن ابن مسعود أنه كان يقول : سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير مع الجنازة فقال « الجَنازَةُ مَتْبُوعَةٌ ولَيْسَتْ بِتابِعَةٌ ، ولَيْسَ مَعَها مَنْ يُقَدِّمُها » وحديث المغيرة بن شعبة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الرَّاكِبُ يَمْشِى أمامَ الجَنازَةِ والماشِى خَلْفَها وأمامَها وعَنْ يَمِينِها، ويَسارِها قَرِيبا مِنْها » وحديث أبى هريرة أيضا فى هذا المعنى قال « امشوا

خلف الجنازة » ، وهذه الأحاديث صار إليها الكوفيون وهى أحاديث يصححونها ويضعفها غيرهم . وأكثر العلماء على أن القيام إلى الجنازة منسوخ بما روى مالك من حديث على بن أبى طالب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم فى الجنائز ثم جلس » وذهب قوم إلى وجوب القيام ، وتمسكوا فى ذلك بما روى من أمره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها كحديث عامر بن ربيعة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذَا رأيْتُمُ الجَنائِزَ فَقُومُوا إلَيْها حَتّى تُخَلِّفَكُمْ أوْ تُوضَعَ » واختلف الذين رأوا أن القيام منسوخ فى القيام على القبر فى وقت الدفن ، فبعضهم رأى أنه لم يدخل تحت النهى ، وبعضهم رأى أنه داخل تحت النهى على ظاهر اللفظ ، ومن أخرجه من ذلك احتج بفعل على فى ذلك ، وذلك أنه روى النسخ ، وقام على قبر بن المكفف فقيل له ألا تجلس يا أمير المؤمنين ؟ فقال : قليل لأخينا قيامنا على قبره .

الباب الخامس فى الصلاة على الجنازة

وهذه الجملة يتعلق بها بعد معرفة وجوبها فصول : أحدها فى صفة صلاة الجنازة . والثانى : على من يصلى ؛ ومن أولى بالصلاة . والثالث : فى وقت هذه الصلاة . والرابع : فى موضع هذه الصلاة . والخامس : فى شروط هذه الصلاة .

الفصل الأول فى صفة صلاة الجنازة

فأما صفة الصلاة فإنها يتعلق بها مسائل :

(المسئلة الأولى) اختلفوا فى عدد التكبير فى الصدر الأول اختلافا كثيرا من ثلاث إلى سبع : أعنى الصحابة رضى الله عنهم ، ولكن فقهاء الأمصار على أن التكبير فى الجنازة أربع ، إلا ابن أبى ليلى وجابر بن زيد فإنهما كانا يقولان إنهما خمس . وسبب الاختلاف اختلاف الآثار فى ذلك ، وذلك أنه روى من حديث أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نعى النجاشى فى اليوم الذى مات فيه ، وخرج بهم إلى المصلى فصف بهم وكبر أربع تكبيرات » وهو حديث متفق على صحته ، ولذلك أخذ به جمهور فقهاء الأمصار ، وجاء فى هذا

المغنى أيضا من « أنه عليه الصلاة والسلام صلى على قبر مسكينة فكبر عليها أربعا » وروى مسلم أيضا عن عبد الرحمن بن أبى ليلى قال « كان زيد بن أرقم يكبر على الجنائز أربعا ، وأنه كبر على جنازة خمسا ، فسألناه فقال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها » وروى عن أبى خيثمة عن أبيه قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم يكبر على الجنائز أربعا وخمسا وستا وسبعا وثمانيا حتى مات النجاشى ، فصف الناس وراءه وكبر أربعا ، ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على أربع حتى توفاه الله » وهذا فيه حجة لائحة للجمهور . وأجمع العلماء على رفع اليدين فى أول التكبير على الجنازة ، واختلفوا فى سائر التكبير ، فقال قوم : يرفع ؛ وقال قوم : لايرفع . وروى الترمذى عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر فى جنازة فرفع يديه فى أول التكبير ووضع يده اليمنى على اليسرى » فمن ذهب إلى ظاهر هذا الأثر وكان مذهبه فى الصلاة أنه لايرفع إلا فى أول التكبير قال : الرفع فى أول التكبير . ومن قال يرفع فى كل تكبير شبه التكبير الثانى بالأول ، لأنه كله يفعل فى حال القيام والاستواء .

(المسئلة الثانية) اختلف الناس فى القراءة فى صلاة الجنازة ، فقال مالك وأبو حنيفة : ليس فيها قراءة إنما هو الدعاء . وقال مالك : قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به فى بلدنا بحال قال : وإنما يحمد الله ويثنى عليه بعد التكبيرة الأولى ثم يكبر الثانية فيصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ، ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم . وقال الشافعى : يقرأ بعد التكبيرة الأولى بفاتحة الكتاب : ثم يفعل فى سائر التكبيرات مثل ذلك ، وبه قال أحمد وداود . وسبب اختلافهم معارضة العمل للأثر وهل يتناول أيضا اسم الصلاة صلاة الجنائز أم لا ؟ أما العمل فهو الذى حكاه مالك عن بلده ، وأما الأثر فما رواه البخارى عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال : صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال : لتعلموا أنها السنة ، فمن ذهب إلى ترجيح هذا الأثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة الجنازة وقد قال صلى الله عليه وسلم « لاصَلَاةَ إلاَّ بِفاتِحَةِ الكتابِ » رأى قراءة فاتحة الكتاب فيها . ويمكن أن يحتج لمذهب مالك بظواهر الآثار التى نقل فيها دعاؤه عليه الصلاة والسلام على الجنائز ، ولم ينقل فيها أنه قرأ ، وعلى هذا فتكون تلك

الآثار كأنها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله « لاصلاة إلا بفاتحة الكتاب » وذكر الطحاوى عن ابن شهاب عن أبى أمامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبراء الصحابة وعلمائهم وأبناء الذين شهدوا بدرا : أن رجلا من أصحاب النبى عليه الصلاة والسلام أخبره أن السنة فى الصلاة على الجنائز أن يكبر الإمام ثم يقرأ فاتحة الكتاب سرا فى نفسه ، ثم يخلص الدعاء فى التكبيرات الثلاث. قال ابن شهاب : فذكرت الذى أخبر به أبو أمامة من ذلك لمحمد بن سويد الفهرى فقال : وأنا سمعت الضحاك بن قيس يحدث عن حبيب بن مسلمة فى الصلاة على الجنائز بمثل ما حدثك به أبو أمامة .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا فى التسليم من الجنازة هل هو واحد أو اثنان ؟ فالجمهور على أنه واحد ؛ وقالت طائفة وأبو حنيفة : يسلم تسليمتين ، واختاره المزنى من أصحاب الشافعى ، وهو أحد قولى الشافعى . وسبب اختلافهم اختلافهم فى التسليم من الصلاة ، وقياس صلاة الجنائز على الصلاة المفروضة ، فمن كانت عنده التسليمة واحدة فى الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنازة عليها قال بواحدة . ومن كانت عنده تسليمتين فى الصلاة المفروضة قال : هنا بتسليمتين إن كانت عنده تلك سنة فهذه سنة ، وإن كانت فرضا فهذه فرض وكذلك اختلف المذهب هل يجهر فيها أو لايجهر بالسلام ؟ .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا أين يقوم الإمام من الجنازة ، فقال جملة من العلماء : يقوم فى وسطها ذكرا كان أو أنثى ؛ وقال قوم آخرون : يقوم من الأنثى وسطها ومن الذكر عند رأسه ؛ ومنهم من قال : يقوم من الذكر والأنثى عند صدرهما ، وهو قول ابن القاسم وقول أبى حنيفة ، وليس عند مالك والشافعى فى ذلك حد ؛ وقال قوم : يقوم منهما أين شاء . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب ، وذلك أنه خرج البخارى ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال « صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم كعب ماتت وهى نفساء ، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها » وخرج أبوداود من حديث همام بن غالب قال : « صليت مع أنس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ، ثم جاءوا بجنازة امرأة فقالوا يا أباحمزة صل عليها ، فقام حيال وسط السرير ، فقال العلاء بن زياد ، هكذا رأيت

رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى على الجنائز كبر أربعا وقام على جنازة المرأة مقامك منها ومن الرجل مقامك منه ، قال نعم » فاختلف الناس فى المفهوم من هذه الأفعال ، فمنهم من رأى أن قيامه عليه الصلاة والسلام فى هذه المواضع المختلفة يدل على الإباحة وعلى عدم التحديد . ومنهم من رأى أن قيامه على أحد هذه الأوضاع أنه شرع وأنه يدل على التحديد ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فمنهم من أخذ بحديث سمرة بن جندب للاتفاق على صحته فقال : المرأة فى ذلك والرجل سواء ، لأن الأصل أن حكمهما واحد إلا أن يثبت فى ذلك فارق شرعى ؛ ومنهم من صحح حديث ابن غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير إليها ، وليس بينهما تعارض أصلا . وأما مذهب ابن القاسم وأبى حنيفة فلا أعلم له من جهة السمع فى ذلك مسندا إلا ماروى عن ابن مسعود من ذلك .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا فى ترتيب جنائز الرجال والنساء إذا اجتمعوا عند الصلاة ، فقال الأكثر : يجعل الرجال مما يلى الإمام ، والنساء مما يلى القبلة . وقال قوم بخلاف هذا : أى النساء مما يلى الإمام ، والرجال مما يلى القبلة ؛ وفيه قول ثالث أنه يصلى كل على حدة الرجال مفردون والنساء مفردات . وسبب الخلاف مايغلب على الظن باعتبار أحوال الشرع من أنه يجب أن يكون فى ذلك شرع محدود ، مع أنه لم يرد فى ذلك شرع يجب الوقوف عنده ، ولذلك رأى كثير من الناس أنه ليس فى أمثال هذه المواضع شرع أصلا ، وأنه لو كان فيها شرع لبين للناس ، وإنما ذهب الأكثر لما قلناه من تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك فى الموطأ من أن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وأبا هريرة كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء معا ، فيجعلون الرجال مما يلى الإمام ، ويجعلون النساء مما يلى القبة . وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر أنه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وأبو هريرة وأبو سعيد الخدرى وأبو قتادة والإمام يومئذ سعيد بن العاصى ، فسألهم عن ذلك ، أو أمر من سألهم فقالوا : هى السنة ، وهذا يدخل فى المسند عندهم ، ويشبه أن يكون من قال بتقديم الرجال شبههم أمام الإمام بحالهم خلف الإمام فى الصلاة ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « أَخِّرُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَخَّرَهُنَّ

الله » . وأما من قال بتقديم النساء على الرجال فيشبه أن يكون اعتقد أن الأول هو المقدم ولم يجعل التقديم بالقرب من الإمام . وأما من فرق فاحتياطا من أن لايجوز ممنوعا ، لأنه لم ترد سنة بجواز الجمع ، فيحتمل أن يكون على أصل الإباحة ، ويحتمل أن يكون ممنوعا بالشرع ، وإذا وجد الاحتمال وجب التوقف إذا وجد إليه سبيلا .

(المسئلة السادسة) واختلفوا فى الذى يفوته بعض التكبير على الجنازة فى مواضع : منها هل يدخل بتكبير أم لا ؟ ومنها هل يقضى ما فاته أم لا ؟ وإن قضى فهل يدعو بين التكبير أم لا ؟ فروى أشهب عن مالك أنه يكبر أول دخوله ، وهو أحد قولى الشافعى . وقال أبوحنيفة : ينتظر حتى يكبر الإمام وحينئذ يكبر ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك ، والقياس التكبير قياسا على من دخل فى المفروضة . واتفق مالك وأبوحنيفة والشافعى على أنه يقضى ما فاته من التكبير إلا أن أباحنيفة يرى أن يدعو بين التكبير المقضى ومالك والشافعى يريان أن يقضيه نسقا ، وإنما اتفقوا على القضاء لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا » فمن رأى أن هذا العموم يتناول التكبير والدعاء قال : يقضى التكبير وما فاته من الدعاء ، ومن أخرج الدعاء من ذلك إذ كان غير مؤقت قال : يقضى التكبير فقط إذ كان هو المؤقت ، فكان تخصيص الدعاء من ذلك العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس ، فأبوحنيفة أخذ بالعموم وهؤلاء بالخصوص .

(المسئلة السابعة) واختلفوا فى الصلاة على القبر لمن فاتته الصلاة على الجنازة فقال مالك : لايصلى على القبر ؛ وقال أبوحنيفة : لايصلى على القبر إلا الولى فقط إذا فاتته الصلاة على الجنازة ، وكان الذى صلى عليها غير وليها ؛ وقال الشافعى وأحمد وداود وجماعة : يصلى على القبر من فاتته الصلاة على الجنازة ؛ واتفق القائلون باجازة الصلاة على القبر أن من شرط ذلك حدوث الدفن ، وهؤلاء اختلفوا فى هذه المدة وأكثرها شهر . وسبب اختلافهم معارضة العمل للأثر . أما مخالفة العمل فإن ابن القاسم قال : قلت لمالك فالحديث الذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه صلى على قبر امرأة قال : قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل ، والصلاة على القبر ثابتة باتفاق من أصحاب الحديث ،

قال أحمد بن حنبل : رويت الصلاة على القبر عن النبى عليه الصلاة والسلام من طرق ستة كلها حسان : وزاد بعض المحدثين ثلاثة طرق فذلك تسع : وأما البخارى ومسلم فرويا ذلك من طريق أبى هريرة . وأما مالك فخرجه مرسلا عن أبى أمامة بن سهل . وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعى : وأما أبو حنيفة فإنه جرى فى ذلك على عادته فيما أحسب ، أعنى من رد أخبار الآحاد التى تعم بها البلوى إذا لم تنتشر ولا انتشر العمل بها ، وذلك أن عدم الانتشار إذا كان خبرا شأنه الانتشار قرينة توهن الخبر وتخرجه عن غلبة الظن بصدقه إلى الشك فيه أو إلى غلبة الظن بكذبه أو نسخه : قال القاضى : وقد تكلمنا فيما سلف من كتابنا هذا فى وجه الاستدلال بالعمل ، وفى هذا النوع من الاستدلال الذى يسميه الحنفية عموم البلوى ، وقلنا : إنها من جنس واحد :

الفصل الثانى فيمن يصلى عليه ومن أولى بالتقديم

وأجمع أكثر أهل العلم على إجازة الصلاة على كل من قال لا إله إلا الله ، وفى ذلك أثر أنه قال عليه الصلاة والسلام « صَلُّوا علَى مَنْ قالَ لا إلَـهَ إلاَّ اللهُ » وسواء كان من أهل الكبائر أو من أهل البدع ، إلا أن مالكا كره لأهل الفضل الصلاة على أهل البدع ، ولم ير أن يصلى الإمام على من قتله حدا . واختلفوا فيمن قتل نفسه ، فرأى قوم أنه لا يصلى عليه ، وأجاز آخرون الصلاة عليه ، ومن العلماء من لم يجز الصلاة على أهل الكبائر ولا على أهل البغى والبدع : والسبب فى اختلافهم فى الصلاة ، أما فى أهل البدع فلاختلافهم فى تكفيرهم ببدعهم ، فمن كفرهم بالتأويل البعيد لم يجز الصلاة عليهم ، ومن لم يكفرهم إذ كان الكفر عنده إنما هو تكذيب الرسول لا تأويل أقواله عليه الصلاة والسلام قال : الصلاة عليهم جائزة ، وإنما أجمع العلماء على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى ـ ولا تُصَلِّ عَلَى أحَدٍ مِنْهُمْ ماتَ أبَدًا ولا تَقُمْ عَلَى قَبْرِهِ ـ الآية . وأما اختلافهم فى أهل الكبائر فليس يمكن أن يكون له سبب إلا من جهة اختلافهم فى القول بالتكفير بالذنوب ، لكن ليس هذا مذهب أهل السنة ، فلذلك ليس ينبغى

أن يمنع الفقهاء الصلاة على أهل الكبائر . وأما كراهية مالك الصلاة على أهل البدع فذلك لمكان الزجر والعقوبة لهم ، وإنما لم ير مالك صلاة الإمام على من قتله حدا « لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه » خرجه أبو داود ، وإنما اختلفوا فى الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أبى أن يصلى على رجل قتل نفسه » فمن صحح هذا الأثر قال : لايصلى على قاتل نفسه ، ومن لم يصححه رأى أن حكمه حكم المسلمين وإن كان من أهل النار كما ورد به الأثر ، لكن ليس هو من المخلدين لكونه من أهل الإيمان ، وقد قال عليه الصلاة والسلام حكاية عن ربه أخْرِجُوا مِنَ النَّارِ مَنْ فى قَلبه مِثْقَالُ حَبَّةٍ مِنْ الإيمَانِ » واختلفوا أيضا فى الصلاة على الشُّهداء المقتولين فى المعركة ، فقال مالك والشافعى لايصلى على الشهيد المقتول فى المعركة ولا يغسل ، وقال أبو حنيفة : يصلى عليه ولا يغسل . وسبب اختلافهم اختلاف الآثار الواردة فى ذلك ، وذلك أنه خرج أبوداود من طريق جابر « أنه صلى الله عليه وسلم أمر بشهداء أحد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا » وروى من طريق ابن عباس مسندا « أنه عليه الصلاة والسلام صلى على قتلى أحد وعلى حمزة ولم يغسل ولم يتيمم » وروى ذلك أيضا مرسلا من حديث أبى مالك الغفارى ، وكذلك روى أيضا أن أعرابيا جاءه سهم فوقع فى حلقه فمات ، فصلى النبى صلى الله عليه وسلم عليه وقال : « إنَّ هَذَا عَبْدٌ خَرَجَ مُجَاهِدًا فى سَبِيلِكَ فَقُتِلَ شَهِيدًا وأنا شَهِيد عَلَيْهِ » وكلا الفريقين يرجح الأحاديث التى أخذ بها ، وكانت الشافعية تعتل بحديث ابن عباس هذا وتقول : يرويه ابن أبى الزناد وكان قد اختل آخر عمره ، وقد كان شعبة يطعن فيه ؛ وأما المراسيل فليست عندهم بحجة واختلفوا متى يصلى على الطفل فقال مالك : لايصلى على الطفل حتى يستهل صارخا ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة يصلى عليه إذا نفخ فيه الروح ، وذلك أنه إذا كان له فى بطن أمه أربعة أشهر فأكثر ، وبه قال ابن أبى ليلى . وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة المطلق للمقيد ، وذلك أنه روى الترمذى عن جابر بن عبد الله عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « الطِّفلُ لايُصَلَّى

عَلَيْهِ ولايَرِثُ ولايُورَثُ حَتّى يَسْتَهِلَّ صَارِخا » وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام من حديث المغيرة بن شعبة أنه قال « الطِّفْلُ يُصَلَّى عَلَيْهِ » فمن ذهب مذهب حديث جابر قال : ذلك عام وهذا مفسر ، فالواجب أن يحمل ذلك العموم على هذا التفسير ، فيكون معنى حديث المغيرة أن الطفل يصلى عليه إذا استهل صارخا ، ومن ذهب مذهب حديث المغيرة قال : معلوم أن المعتبر فى الصلاة وهو حكم الإسلام والحياة والطفل إذا تحرك فهو حى وحكمه حكم المسلمين ، وكل مسلم حى إذا مات صلى عليه ، فرجحوا هذا العموم على ذلك الخصوص لموضع موافقة القياس له ومن الناس من شذ وقال : لايصلى على الأطفال أصلا . وروى أبو داود « أن النبى عليه الصلاة والسلام لم يصل على ابنه إبراهيم وهو ابن ثمانية أشهر » وروى فيه « أنه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة » واختلفوا فى الصلاة على الأطفال المسبيين ، فذهب مالك فى رواية البصريين عنه أن الطفل من أولاد الحربيين لايصلى عليه حتى يعقل الإسلام سواء سبى مع أبويه أو لم يسب معهما ، وأن حكمه حكم أبويه إلا أن يسلم الأب فهو تابع له دون الأم ، ووافقه الشافعى على هذا إلا أنه إن أسلم أحد أبويه فهو عنده تابع لمن أسلم منهما لا للأب وحده على ما ذهب إليه مالك . وقال أبوحنيفة : يصلى على الأطفال المسبيين ، وحكمهم حكم من سباهم . وقال الأوزاعى : إذا ملكهم المسلمون صلى عليهم : يعنى إذا بيعوا فى السبى . قال : وبهذا جرى العمل فى الثغر وبه الفتيا فيه . وأجمعوا على أنه إذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم ولا أسلم أحد أبويهم أن حكمهم حكم آبائهم . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى أطفال المشركين هل هم من أهل الجنة أو من أهل النار ؟ وذلك أنه جاء فى بعض الآثار أنهم من آبائهم : أى أن حكمهم حكم آبائهم ، ودليل قوله عليه الصلاة والسلام « كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ » أن حكمهم حكم المؤمنين .

وأما من أولى بالتقديم للصلاة على الجنازة فقيل الولى وقيل الوالى ، فمن قال الوالى شبهه بصلاة الجمعة من حيث هى صلاة جماعة ، ومن قال الولى شبهها

بسائر الحقوق التى الولى أحق بها ، مثل مواراته ودفنه ؛ وأكثر أهل العلم على أن الوالى بها أحق . قال أبو بكر بن المنذر : وقدم الحسين بن على سعيد بن العاصى وهو والى المدينة ليصلى على الحسن بن على وقال : لولا أنها سنة ما تقدمت ، قال أبو بكر : وبه أقول وأكثر العلماء على أنه لايصلى إلا على الحاضر . وقال بعضهم : يصلى على الغائب لحديث النجاشى ، والجمهور على أن ذلك خاص بالنجاشى وحده . واختلفوا هل يصلى على بعض الجسد والجمهور على أنه يصلى على أكثره لتناول اسم الميت له ، ومن قال إنه يصلى على أقله قال : لأن حرمة البعض كحرمة الكل ، لاسيما إن كان ذلك البعض محل الحياة ، وكان ممن يجيز الصلاة على الغائب .

الفصل الثالث فى وقت الصلاة على الجنازة

واختلفوا فى الوقت الذى تجوز فيه الصلاة على الجنازة ، فقال قوم : لايصلى عليها فى الأوقات الثلاثة التى ورد النهى عن الصلاة فيها ، وهى وقت الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر « ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلى فيها وأن نقبر موتانا » الحديث . وقال قوم : لايصلى فى الغروب والطلوع فقط ، ويصلى بعد العصر ما لم تصفر الشمس ، وبعد الصبح ما لم يكن الإسفار . وقال قوم : لايصلى على الجنازة فى الأوقات الخمسة التى ورد النهى عن الصلاة فيها ، وبه قال عطاء والنخعى وغيرهم ، وهو قياس قول أبى حنيفة . وقال الشافعى : يصلى على الجنازة فى كل وقت لأن النهى عنده إنما هو خارج على النوافل لاعلى السنن على ما تقدم .

الفصل الرابع فى مواضع الصلاة

واختلفوا فى الصلاة على الجنازة فى المسجد فأجازها العلماء وكرهها بعضهم منهم أبو حنيفة وبعض أصحاب مالك ، وقد روى كراهية ذلك عن مالك ، وتحقيقه إذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس فى المسجد . وسبب الخلاف فى ذلك حديث عائشة وحديث أبى هريرة . أما حديث عائشة فما رواه مالك

من أنها أمرت أن يمر عليها بسعد بن أبى وقاص فى المسجد حين مات لتدعو له ، فأنكر الناس عليها ذلك ، فقالت عائشة : ما أسرع مانسى الناس ، ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهل بن بيضاء إلا فى المسجد . وأما حديث أبى هريرة ، فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ صَلَّى عَلَى جَنَازَةٍ فِى المَسْجِدِ فَلا شَىْءَ لَهُ » وحديث عائشة ثابت وحديث أبى هريرة غير ثابت أو غير متفق على ثبوته ، لكن إنكار الصحابة على عائشة يدل على اشتهار العمل بخلاف ذلك عندهم ، ويشهد لذلك بروزه صلى الله عليه وسلم للمصلى لصلاته على النجاشى ، وقد زعم بعضهم أن سبب المنع فى ذلك هو أن ميت بنى آدم ميتة ، وفيه ضعف ، لأن حكم الميتة شرعى ، ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة إلا بدليل ، وكره بعضهم الصلاة على الجنائز فى المقابرة للنهى الوارد عن الصلاة فيها ، وأجازها الأكثر لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « جُعِلَتْ لِىَ الأَرْضُ مَسْجِداً وَطَهُوراً » .

الفصل الخامس فى شروط الصلاة على الجنازة

واتفق الأكثر على أن من شرطها الطهارة كما اتفق جميعهم على أن من شرطها القبلة . واختلفوا فى جواز التيمم لها إذا خيف فواتها ، فقال قوم : يتيمم ويصلى لها إذا خاف الفوات ، وبه قال أبو حنيفة وسفيان والأوزاعى وجماعة ؛ وقال مالك والشافعى وأحمد : لا يصلى عليها بتيمم . وسبب اختلافهم قياسها فى ذلك على أن الصلاة المفروضة فمن شبهها بها أجاز التيمم ، أعنى من شبه ذهاب الوقت بفوات الصلاة على الجنازة ، ومن لم يشبهها بها لم يجز التيمم لأنها عنده من فروض الكفاية أو من سنن الكفاية على اختلافهم فى ذلك ، وشذ قوم فقالوا : يجوز أن يصلى على الجنازة بغير طهارة ، وهو قول الشعبى ، وهؤلاء ظنوا أن اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنازة ، وإنما يتناولها اسم الدعاء إذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود .

الباب السادس فى الدفن

وأجمعوا على وجوب الدفن ، والأصل فيه قوله تعالى ـ ألمْ نَجْعَلِ الأرْضَ كِفاتا أحْياءً وأمْوَاتا ـ وقوله ـ فَبَعَثَ اللهُ غُرَابا يَبْحَثُ فى الأرْضِ ـ وكره مالك والشافعى تجصيص القبور ، وأجاز ذلك أبوحنيفة ، وكذلك كره قوم القعود عليها ، وقوم أجازوا ذلك وتأولوا النهى عن ذلك أنه القعود عليها لحاجة الإنسان والآثار الواردة فى النهى عن ذلك ، منها حديث جابر بن عبد الله قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تجصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء عليها » ومنها حديث عمرو بن حزم قال « رآنى رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال : انْزِلْ عَنِ القَبْرِ لاتُؤْذِى صَاحِبَ القَبْرِ ولا يُؤْذِيكَ » واحتج من أجاز القعود على القبر بما روى عن زيد بن ثابت أنه قال « إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور لحدث أوغائط أوبول » قالوا : ويؤيد ذلك ما روى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ جَلَسَ عَلَى قَبْرٍ يَبُولُ أوْ يَتَغَوَّطُ فَكأَنَّمَا جَلَسَ عَلَى جَمْرَةِ نارٍ » وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما [1])

كتاب الزكاة

والكلام المحيط بهذه العبادة بعد معرفة وجوبها ينحصر فى خمس جمل : الجملة الأولى : فى معرفة من تجب عليه . الثانية : فى معرفة ما تجب فيه من الأموال . الثالثة : فى معرفة كم تجب ومن كم تجب . الرابعة : فى معرفة متى تجب ومتى لاتجب . الخامسة : معرفة لمن تجب وكم يجب له .

(فأما معرفة وجوبها) فمعلوم من الكتاب والسنة والإجماع ولاخلاف فى ذلك .

---

(١) تنبيه : حيث أننا التزمنا فى التصحيح النسخة المغربية وفيها تقديم كتاب الزكاة على الصيام فقدمناه تبعا لها ، وإن كانت النسخة المصرية قدمت الصيام .

(الجملة الأولى) وأما على من تجب فإنهم اتفقوا أنها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك النصاب ملكا تاما . واختلفوا فى وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد وأهل الذمة والناقص الملك مثل الذى عليه دين أو له الدين ، ومثال المال المحبس الأصل . فأما الصغار فإن قوما قالوا : تجب الزكاة فى أموالهم ، وبه قال على وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعى والثورى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء الأمصار . وقال قوم : ليس فى مال اليتيم صدقة أصلا ، وبه قال النخعى والحسن وسعيد بن جبير من التابعين . وفرق قوم بين ما تخرج الأرض وبين ما لاتخرجه فقالوا : عليه الزكاة فيما تخرجه الأرض ، وليس عليه زكاة فيما عدا ذلك من الماشية والناض والعروض وغير ذلك ، وهو أبوحنيفة وأصحابه . وفرق آخرون بين الناض فقالوا : عليه الزكاة إلا فى الناض . وسبب اختلافهم فى إيجاب الزكاة عليه أو لا إيجابها هو اختلافهم فى مفهوم الزكاة الشرعية هل هى عبادة كالصلاة والصيام ؟ أم هى حق واجب للفقراء على الأغنياء ؟ فمن قال إنها عبادة اشترط فيها البلوغ ، ومن قال إنها حق واجب للفقراء والمساكين فى أموال الأغنياء لم يعتبر فى ذلك بلوغا من غيره . وأما من فرق بين ما تخرجه الأرض أو لاتخرجه وبين الخفى والظاهر فلا أعلم له مستندا فى هذا الوقت . وأما أهل الذمة فإن الأكثر على أن لازكاة على جميعهم إلا ما روت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بنى تغلب ، أعنى أن يؤخذ منهم مثلا مايؤخذ من المسلمين فى كل شىء ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة وأحمد والثورى ، وليس عن مالك فى ذلك قول ، وإنما صار هؤلاء لهذا لأنه أثبت أنه فعل عمر بن الخطاب بهم ، وكأنهم رأوا أن مثل هذا هو توقيف ولكن الأصول تعارضه . وأما العبيد فإن الناس فيهم على ثلاثة مذاهب : فقوم قالوا : لازكاة فى أموالهم أصلا ، وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبى عبيد من الفقهاء. وقال آخرون : بل زكاة مال العبد على سيده ، وبه قال الشافعى فيما حكاه ابن المنذر والثورى وأبوحنيفة وأصحابه ، وأوجبت طائفة أخرى على العبد فى ماله الزكاة ، وهو مروى عن ابن عمر من الصحابة ، وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من الفقهاء وأهل الظاهر وبعضهم ، وجمهور من قال لازكاة فى مال العبد هم على أن

لازكاة فى مال المكاتب حتى يعتق . وقال أبو ثور : فى مال المكاتب زكاة وسبب اختلافهم فى زكاة مال العبد اختلافهم فى هل يملك العبد ملكا تاما أو غير تام ؟ فمن رأى أنه لايملك ملكا تاما وأن السيد هو المالك إذ كان لايخلو مال من مالك قال : الزكاة على السيد ، ومن رأى أنه لواحد منهما يملكه ملكا تاما لاالسيد إذ كانت يد العبد هى التى عليه لايد السيد ولا العبد أيضا ، لأن للسيد انتزاعه منه قال : لازكاة فى ماله أصلا . ومن رأى أن اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه تشبيها بتصرف يد الحر قال : الزكاة عليه لاسيما من كان عنده أن الخطاب العام يتناول الأحرار والعبيد ، وأن الزكاة عبادة تتعلق بالمكلف لتصرف اليد فى المال . وأما المالكون الذين عليهم الديون التى تستغرق أموالهم ، أو تستغرق ما تجب فيه الزكاة من أموالهم وبأيديهم أموال تجب فيها الزكاة ، فانهم اختلفوا فى ذلك ، فقال قوم : لا زكاة فى مال حبا كان أو غيره حتى تخرج منه الديون ، فإن بقى ما تجب فيه الزكاة زكى وإلا فلا . وبه قال الثورى وأبو ثور وابن المبارك وجماعة . وقال أبو حنيفة وأصحابه : الدين لايمنع زكاة الحبوب ويمنع ما سواها . وقال مالك : الدين يمنع زكاة الناض فقط إلا أن يكون له عروض فيها وفاء من دينه فإنه لايمنع . وقال قوم : بمقابل القول الأول ، وهو أن الدين لايمنع زكاة أصلا . والسبب فى اختلافهم اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق مرتب فى المال للمساكين ؟ فمن رأى أنها حق لهم قال : لا زكاة فى مال من عليه الدين ، لأن حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين ، وهو فى الحقيقة مال صاحب الدين لا الذى المال بيده . ومن قال هى عبادة قال : تجب على من بيده مال لأن ذلك هو شرط التكليف ، وعلامته المقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين أو لم يكن ، وأيضا فانه قد تعارض هنالك حقان : حق لله ، وحق للآدمى ، وحق الله أحق أن يقضى ، والأشبه بغرض الشرع إسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام فيها « صَدَقَةٌ تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ » والمدين ليس بغنى . وأما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب وبين الناض وغير الناض فلا أعلم لهشبهة بينة ، وقد كان أبو عبيد يقول : إنه إن كان لايعلم أن عليه دينا إلا بقوله لم يصدق ، وإن علم أن عليه دينا لم يؤخذ

منه ، وهذا ليس خلافا لمن يقول بإسقاط الدين الزكاة ، وإنما هو خلاف لمن يقول : يصدق فى الدين كما يصدق فى المال . وأما المال الذى هو فى الذمة ، أعنى فى ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فإنهم اختلفوا فيه أيضا ، فقوم قالوا : لا زكاة فيه وإن قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القابض له ، وهو الحول ، وهو أحد قولى الشافعى ، وبه قال الليث . أو هو قياس قوله ؛ وقوم قالوا : إذا قبضه زكاه لما مضى من السنين . وقال مالك : يزكيه لحول واحد وإن أقام عند المديان سنين إذا كان أصله عن عوض . وأما إذا كان عن غير عوض مثل الميراث فإنه يستقبل به الحول . وفى المذهب تفصيل فى ذلك ومن هذا الباب اختلافهم فى زكاة الثمار المحبسة الأصول . وفى زكاة الأرض المستأجرة على من تجب زكاة مايخرج منها ؟ هل على صاحب الأرض أو صاحب الزرع ؟ ومن ذلك اختلافهم فى أرض الخراج إذا انتقلت من أهل الخراج إلى المسلمين وهم أهل العشر ، وفى الأرض العشر وهى أرض المسلمين إذا انتقلت إلى الخراج ، أعنى أهل الذمة . وذلك أنه يشبه أن يكون سبب الخلاف فى هذا كله أنها أملاك ناقصة .

(أما المسئلة الأولى) وهى زكاة الثمار المحبسة الأصول فإن مالكا والشافعى كانا يوجبان فيها الزكاة . وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها ، وفرق قوم بين أن تكون محبسة على المساكين وبين أن تكون على قوم بأعيانهم ، فأوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على قوم بأعيانهم ، ولم يوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على المساكين ، ولا معنى لمن أوجبها على المساكين لأنه يجتمع فى ذلك شيئا اثنان : أحدهما أنها ملك ناقص ، والثانية أنها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف إليهم الصدقة لا من الذين تجب عليهم .

(وأما المسئلة الثانية) وهى الأرض المستأجرة على من تجب زكاة ما تخرجه فإن قوما قالوا : الزكاة على صاحب الزرع ، وبه قال مالك والشافعى والثورى وابن المبارك وأبو ثور وجماعة . وقال أبو حنيفة وأصحابه : الزكاة على رب الأرض وليس على المستأجر منه شىء . والسبب فى اختلافهم هل العشر حق الأرض أو حق الزرع أو حق مجموعهما ؟ إلا أنه لم يقل أحد إنه حق لمجموعهما وهو فى الحقيقة حق مجموعهما ، فلما كان عندهم أنه حق لأحد الأمرين

اختلفوا فى أيهما هو أولى أن ينسب إلى الموضع الذى فيه الاتفاق ، وهو كون الزرع والأرض لمالك واحد . فذهب الجمهور إلى أنه للشىء الذى تجب فيه الزكاة وهو الحب . وذهب أبو حنيفة إلى أنه للشىء الذى هو أصل الوجوب وهو الأرض . وأما اختلافهم فى أرض الخراج إذا انتقلت إلى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج أم ليس فيها عشر ؟ فإن الجمهور على أن فيها العشر : أعنى الزكاة . وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليس فيها عشر . وسبب اختلافهم كما قلنا هل الزكاة حق الأرض ، أو حق الحب ؟ فإن قلنا إنه حق الأرض لم يجتمع فيها حقان : وهما العشر والخراج ، وإن قلنا : الزكاة حق الحب كان الخراج حق الأرض ، والزكاة حق الحب ، وإنما يجىء هذا الخلاف فيها لأنها ملك ناقص كما قلنا ولذلك اختلف العلماء فى جواز بيع أرض الخراج . وأما إذا انتقلت أرض العشر إلى الذمى يزرعها ، فإن الجمهور على أنه ليس فيها شىء . وقال النعمان : إذا اشترى الذمى أرض عشر تحولت أرض خراج ، فكأنه رأى أن العشر هو حق أرض المسلمين ، والخراج هو حق أرض الذميين ، لكن كان يجب على هذا الأصل إذا انتقلت أرض الخراج إلى المسلمين أن تعود أرض عشر كما أن عنده إذا انتقلت أرض العشر إلى الذمى عادت أرض خراج ، ويتعلق بالمالك مسائل أليق المواضع بذكرها هو هذا الباب : أحدها إذا أخرج المرء الزكاة فضاعت . والثانية إذا أمكن إخراجها فهلك بعض المال قبل الإخراج . والثالثة إذا مات وعليه زكاة . والرابعة إذا باع الزرع أو الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة ، وكذلك إذا وهبه .

(فأما المسئلة الأولى) وهى إذا أخرج الزكاة فضاعت ، فإن قوما قالوا : تجزى عنه ؛ وقوم قالوا : هو لها ضامن حتى يضعها موضعها ؛ وقوم فرقوا بين أن يخرجها بعد أن أمكنه إخراجها ، وبين أن يخرجها أول زمان الوجوب والإمكان ، فقال بعضهم : إن أخرجها بعد أيام من الإمكان والوجوب ضمن وإن أخرجها فى أول الوجوب ولم يقع منه تفريط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك ؛ وقوم قالوا : إن فرط ضمن وإن لم يفرط زكى ما بقى ، وبه قال أبو ثور والشافعى ؛ وقال قوم : بل يعدّ الذاهب من الجميع ويبقى المساكين ورب المال شريكين فى الباقى بقدر حظهما من حظ رب المال ، مثل الشريكين يذهب بعض المال المشترك بينهما ويبقيان شريكين على تلك النسبة فى الباقى ،

فيتحصل فى المسئلة خمسة أقوال : قول إنه لايضمن بإطلاق ، وقول إنه يضمن بإطلاق ، وقول إن فرط ضمن وإن لم يفرط لم يضمن ، وقول إن فرط ضمن وإن لم يفرط زكى ما بقى ، والقول الخامس يكونان شريكين فى الباقى .

(وأما المسئلة الثانية) إذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن إخراج الزكاة ؛ فقوم قالوا : يزكى ما بقى ؛ وقوم قالوا : حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضيع بعض مالهما . والسبب فى اختلافهم تشبيه الزكاة بالديون ، أعنى أن يتعلق الحق فيها بالذمة لا بعين المال ، أو تشبيهها بالحقوق التى تتعلق بعين المال لا بذمة الذى بيده على المال كالأمناء وغيرهم . فمن شبه مالكى الزكاة بالأمناء قال : إذا اخرج فهلك المخرج فلا شىء عليه ؛ ومن شبههم بالغرماء قال : يضمنون ؛ ومن فرق بين التفريط ولا تفريط ألحقهم بالأمناء من جميع الوجوه إذا كان الأمين يضمن إذا فرط . وأما من قال : إذا لم يفرط زكى ما بقى فإنه شبه من هلك بعض ماله بعد الإخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فيه ، كما أنه إذا وجبت الزكاة عليه فإنما يزكى الموجود فقط ، كذلك هذا إنما يزكى الموجود من ماله فقط . وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين الغريم والأمين والشريك ومن هلك بعض ماله قبل الوجوب . وأما إذا وجبت الزكاة وتمكن من الإخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فإنهم متفقون فيما أحسب أنه ضامن إلا فى الماشية عند من رأى أن وجوبها إنما يتم بشرط خروج الساعى مع الحول وهو مذهب مالك .

(وأما المسئلة الثالثة)وهى إذا مات بعد وجوب الزكاة عليه . فإن قوما قالوا : يخرج من رأس ماله ، وبه قال الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور ، وقوم قالوا : إن أوصى بها أخرجت عنه من الثلث وإلا فلا شىء عليه ، ومن هؤلاء من قال : يبدأ بها إن ضاق الثلث ، ومنهم من قال : لايبدأ بها ، وعن مالك القولان جميعا ، ولكن المشهور أنها بمنزلة الوصية . وأما اختلافهم فى المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه ، فإن قوما قالوا : يأخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشترى بقيمته على البائع ، وبه قال أبو ثور . وقال قوم : البيع مفسوخ ، وبه قال الشافعى . .وقال أبو حنيفة : المشترى بالخيار بين إنفاذ البيع ورده ، والعشر مأخوذ من الثمرة أو من الحب الذى وجبت فيه الزكاة ، وقال مالك : الزكاة على البائع . وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتفويته

وإتلاف عينه ، فمن شبهه بذلك قال : الزكاة مترتبة فى ذمة المتلف والمفوت ؛ ومن قال البيع ليس بإتلاف لعين المال ولا تنويت له وإنما هو بمنزلة من باع ما ليس له قال : الزكاة فى عين المال ، ثم هل البيع مفسوخ أو غير مفسوخ نظر آخر يذكر فى باب البيوع إن شاء الله تعالى . ومن هذا النوع اختلافهم فى زكاة المال الموهوب ، وفى بعض هذه المسائل التى ذكرنا تفصيل فى المذهب لم نر أن نتعرض له إذ كان غير موافق لغرضنا مع أنه يعسر فيها إعطاء أسباب تلك الفروق لأنها أكثرها استحسانية مثل تفصيلهم الديون التى تزكى من التى لا تزكى ، والديون المسقطة للزكاة من التى لا تسقطها ، فهذا ما رأينا أن نذكره فى هذه الجملة وهى معرفة من تجب عليه الزكاة وشروط الملك التى تجب به وأحكام من تجب عليه . وقد بقى من أحكامه حكم مشهور ، وهو ماذا حكم من منع الزكاة ولم يجحد وجوبها ؟ فذهب أبو بكر رضى الله عنه إلى أن حكمه حكم المرتد ، وبذلك حكم فى مانع الزكاة من العرب وذلك أنه قاتلهم وسبى ذريتهم ، وخالفه فى ذلك عمر رضى الله عنه ، وأطلق من كان استرق منهم ، وبقول عمر قال الجمهور . وذهبت طائفة إلى تكفير من منع فريضة من الفرائض وإن لم يجحد وجوبها . وسبب اختلافهم هل اسم الإيمان الذى هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط أو من شرطه وجود العمل معه ؟ فمنهم من رأى أن من شرطه وجود العمل معه ، ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لو لم يلفظ بالشهادة إذا صدق بها فحكمه حكم المؤمن عند الله ، والجمهور وهم أهل السنة على أنه ليس يشترط فيه ، أعنى فى اعتقاد الإيمان الذى ضده الكفر من الأعمال إلا التلفظ بالشهادة فقط ، لقوله صلى الله عليه وسلم « أُمِرْتُ أنْ أُقاتِلَ النَّاس حتَّى يَقُولوا لاإلَهَ إلا اللهُ وَيُؤْمِنُوا بى » فاشترط مع العلم القول ، وهو عمل من الأعمال ، فمن شبه سائر الأفعال الواجبة بالقول قال : جميع الأعمال المفروضة شرط فى العلم الذى هو الإيمان ، ومن شبه القول بسائر الأعمال التى اتفق الجمهور على أنها ليست شرطا فى العلم الذى هو الإيمان قال : التصديق فقط هو شرط الإيمان ، وبه يكون حكمه عند الله تعالى حكم المؤمن ، والقولان شاذان ، واستثناء التلفظ بالشهادتين من سائر الأعمال هو الذى عليه الجمهور :

(الجملة الثانية) وأما ما تجب فيه الزكاة من الأموال ، فإنهم اتفقوا منها على

أشياء واختلفوا فى أشياء . أما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلى ، وثلاثة أصناف من الحيوان الإبل والبقر والغنم ، وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير . وصنفان من الثمر التمر والزبيب ، وفى الزيت خلاف شاذ . واختلفوا أما من الذهب ففى الحلى فقط ، وذلك أنه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعى إلى أنه لا زكاة فيه إذا أريد للزينة واللباس : وقال أبو حنيفة وأصحابه : فيه الزكاة . والسبب فى اختلافهم تردد شبهه بين العروض وبين التبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة فى جميع الأشياء . فمن شبهه بالعروض التى المقصود منها المنافع أولا قال : ليس فيه زكاة ، ومن شبهه بالتبر والفضة التى المقصود منها المعاملة بها أولا قال فيه الزكاة . ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو اختلاف الآثار فى ذلك ، وذلك أنه روى جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « لَيْسَ فى الحُلِىِّ زَكَاةٌ » وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده « أن امرأة أتت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها ، وفى يد ابنتها مسك من ذهب ، فقال لها : أَتُؤَدِّينَ زَكَاةَ هَذَا ؟ قالت لا ، قال : أَيَسُرُّكِ أَنْ يُسَوِّرَكِ اللهُ بِهِما يَوْمَ القِيامَةِ سِوَارَيْنِ مِنْ نارٍ ؟ فخلعتهما وألقتهما إلى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : هما لله ولرسوله » والأثران ضعيفان ، وبخاصة حديث جابر ، ولكون السبب الأملك لاختلافهم تردد الحلى المتخذ للباس بين التبر والفضة اللذين المقصود منهما أولا المعاملة لا الانتفاع ، وبين العروض المقصود منها التى بالوضع الأول خلاف المقصود من التبر والفضة ، أعنى الانتفاع بها لا المعاملة ، وأعنى بالمعاملة كونها ثمنا . واختلف قول مالك فى الحلى المتخذ للكراء فمرة شبهه بالحلى المتخذ من اللباس ، ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة .

(وأما ما اختلفوا فيه من الحيوان) فمنه ما اختلفوا فى نوعه ، ومنه ما اختلفوا فى صنفه . أما ما اختلفوا فى نوعه فالخيل ، وذلك أن الجمهور على أن لا زكاة فى الخيل ، فذهب أبو حنيفة إلى أنها إذا كانت سائمة وقصد بها النسل أن فيها الزكاة ، أعنى إذا كانت ذكرانا وإناثا . والسبب فى اختلافهم معارضة القياس للفظ ، وما يظن من معارضة اللفظ للفظ فيها . أما اللفظ الذى يقتضى أن لا زكاة فيها فقوله عليه الصلاة والسلام « لَيْسَ عَلَى المُسْلِمِ فى عَبْدِهِ ولا فَرَسِهِ

صَدَقَةٌ » وأما القياس الذى عارض هذا العموم ، فهو أن الخيل السائمة حيوان مقصود به النماء والنسل ، فأشبه الأبل والبقر . وأما اللفظ الذى يظن أنه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام « وقد ذكر الخيل ولم ينس حق الله فى رقابها ولا ظهورها » فذهب أبو حنيفة إلى أن حق الله هو الزكاة ، وذلك فى السائمة منها . قال القاضى : وأن يكون هذا اللفظ مجملا أحرى منه أن يكون عاما ، فيحتج به فى الزكاة ؛ وخالف أبا حنيفة فى هذه المسئلة صاحباه أبو يوسف ومحمد ، وصح عن عمر رضى الله عنه أنه كان يأخذ منها الصدقة ، فقيل إنه كان باختيار منهم . وأما ما اختلفوا فى صنفه فهى السائمة من الإبل والبقر والغنم من غير السائمة منها ، فان قوما أوجبوا الزكاة فى هذه الأصناف الثلاثة سائمة كانت أو غير سائمة ؛ وبه قال الليث ومالك ؛ وقال سائر فقهاء الأمصار : لازكاة فى غير السائمة من هذه الثلاثة الأنواع . وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد ، ومعارضة القياس لعموم اللفظ . أما المطلق فقوله عليه الصلاة والسلام « فى أَرْبَعِينَ شاةً شاةٌ » . وأما المقيد فقوله عليه الصلاة والسلام « فى سائمة الغنم الزكاة » فمن غلب المطلق على المقيد قال : الزكاة فى السائمة وغير السائمة ؛ ومن غلب المقيد قال : الزكاة فى السائمة منها فقط ، ويشبه أن يقال إن من سبب الخلاف فى ذلك أيضا معارضة دليل الخطاب للعموم ، وذلك أن دليل الخطاب فى قوله عليه الصلاة والسلام « فى سائمة الغنم الزكاة » يقتضى أن لازكاة فى غير السائمة ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام « فى أربعين شاة شاة » يقتضى أن السائمة فى هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم أقوى من دليل الخطاب ، كما أن تغليب المقيد على المطلق أشهر من تغليب المطلق على المقيد . وذهب أبو محمد بن حزم إلى أن المطلق يقضى على المقيد ، وإن فى الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة ، وكذلك فى الإبل لقوله عليه الصلاة والسلام « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ ذَوْدٍ مِنَ الإِبِلِ صَدَقَةٌ » وأن البقر لما لم يثبت فيها أثر وجب أن يتمسك فيها بالإجماع ، وهو أن الزكاة فى السائمة منها فقط ، فتكون التفرقة بين البقر وغيرها قول ثالث . وأما القياس المعارض لعموم قوله عليه الصلاة والسلام فيها « فى أربعين شاة شاة »

فهو أن السائمة هى التى المقصود منها النماء والربح ، وهو الموجود فيها أكثر ذلك ، والزكاة إنما هى فضلات الأموال ، والفضلات إنما توجد أكثر ذلك فى الأموال السائمة ، ولذلك اشترط فيها الحول ، فمن خصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة فى غير السائمة ، ومن لم يخصص ذلك ورأى أن العموم أقوى أوجب ذلك فى الصنفين جميعا ، فهذا هو ما اختلفوا فيه من الحيوان التى تجب فيه الزكاة ، وأجمعوا على أنه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة إلا العسل ، فإنهم اختلفوا فيه ، فالجمهور على أنه لازكاة فيه ، وقال قوم : فيه الزكاة . وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح الأثر الوارد فى ذلك ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « فى كُلِّ عَشْرَةِ أَزُقٍّ زِقٌّ » خرجه الترمذى وغيره .

وأما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الأصناف الأربعة التى ذكرناها فهو جنس النبات الذى تجب فيه الزكاة ، فمنهم من لم ير الزكاة إلا فى تلك الأربع فقط ، وبه قال ابن أبى ليلى وسفيان الثورى وابن المبارك ؛ ومنهم من قال : الزكاة فى جميع المدخر المقتات من النبات ، وهو قول مالك والشافعى ؛ ومنهم من قال : الزكاة فى كل ما تخرجه الأرض ما عدا الحشيش والحطب والقصب ؛ وهو أبو حنيفة . وسبب الخلاف إما بين من قصر الزكاه على الأصناف المجمع عليها ، وبين من عداها إلى المدخر المقتات ، فهو اختلافهم فى تعلق الزكاة بهذه الأصناف الأربعة هل هو لعينها أو لعلة فيها ، وهى الاقتيات فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ، ومن قال لعلة الاقتيات عدى الوجوب لجميع المقتات . وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عداه إلى جميع ماتخرجه الأرض إلا ما وقع عليه الإجماع من الحشيش والحطب والقصب هو معارضة القياس لعموم اللفظ ، أما اللفظ الذى يقتضى العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام « فِيما سَقَتِ السَّماءُ العُشْرُ ، وفِيما سُقِىَ بالنَّضْحِ نِصْفُ العُشْرِ » وما بمعنى الذى ، والذى من ألفاظ العموم وقوله تعالى - وَهُوَ الَّذى أَنْشأَ جَنَّاتٍ مَعْرُوشاتٍ - الآية ، إلى قوله - وآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ - . وأما القياس ، فهو أن الزكاة إنما المقصود منها سد الخلة ، وذلك لا يكون غالبا إلا فيما هو قوت ، فمن خصص العموم بهذا القياس

أسقط الزكاة مما عدا المقتات ، ومن غلب العموم أوجبها فيما عدا ذلك ، إلا ما أخرجه الإجماع ، والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا فى أشياء من قبل اختلافهم فيها ، هل هى مقتاتة أم ليست بمقتاتة ؟ وهل يقاس على ما اتفق عليه أو ليس يقاس ؟ مثل اختلاف مالك والشافعى فى الزيتون ، فإن مالكا ذهب إلى وجوب الزكاة فيه ، ومنع ذلك الشافعى فى قوله الأخير بمصر . وسبب اختلافهم هل هو قوت أم ليس بقوت ؟ ، ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك فى إيجاب الزكاة فى التين أو لا إيجابها . وذهب بعضهم إلى أن الزكاة تجب فى الثمار دون الخضر ، وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه ـ وهو الذى أنشأ جنات معروشات وغير معروشات ـ الآية ، ومن فرق فى الآية بين الثمار والزيتون فلا وجه لقوله إلا وجه ضعيف . واتفقوا على أن لا زكاة فى العروض التى لم يقصد بها التجارة ، واختلفوا فى أيجب الزكاة فيما اتخذ منها للتجارة ؟ فذهب فقهاء الأمصار إلى وجوب ذلك ، ومنع ذلك أهل الظاهر . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى وجوب الزكاة بالقياس ، واختلافهم فى تصحيح حديث سمرة بن جندب أنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا أن نخرج الزكاة مما نعده للبيع » وفيما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « أدّ زكاة البرّ » . وأما القياس الذى اعتمده الجمهور فهو أن العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به التنمية ، فأشبه الأجناس الثلاثة التى فيها الزكاة باتفاق ، أعنى الحرث والماشية والذهب والفضة . وزعم الطحاوى أن زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا مخالف لهما من الصحابة ، وبعضهم يرى أن مثل هذا هو إجماع من الصحابة ، أعنى إذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافه ، وفيه ضعف .

(الجملة الثالثة) وأما معرفة النصاب فى واحد واحد من هذه الأموال المزكاة ، وهو المقدار الذى فيه تجب الزكاة فيما له منها نصاب ، ومعرفة الواجب من ذلك ، أعنى فى عينه وقدره ، فإنا نذكر من ذلك ما اتفقوا عليه واختلفوا فيه فى جنس جنس من هذه الأجناس المتفق عليها والمختلف فيها عند الذين اتفقوا عليه ، ولنجعل الكلام فى ذلك فى فصول : الفصل الأول : فى الذهب والفضة . الثانى : فى الإبل . الثالث : فى الغنم . الرابع : فى البقر : الخامس : فى النبات . السادس : فى العروض .

الفصل الأول فى الذهب والفضة

أما المقدار الذى تجب فيه الزكاة من الفضة ، فانهم اتفقوا على أنه خمس أواق لقوله عليه الصلاة والسلام الثابت « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ مِنَ الوَرِقِ صَدَقَةٌ » ماعدا المعدن من الفضة ، فانهم اختلفوا فى اشتراط النصاب منه وفى المقدار الواجب فيه ، والأوقية عندهم أربعون درهما كيلا . وأما القدر الواجب فيه ، فإنهم اتفقوا على أن الواجب فى ذلك هو ربع العشر : أعنى فى الفضة والذهب معا ما لم يكونا خرجا من معدن . واختلفوا من هذا الباب فى مواضع خمسة : أحدها : فى نصاب الذهب . والثانى : هل فيهما أوقاص أم لا ؟ أعنى هل فوق النصاب قدر لاتزيد الزكاة بزيادته ؟ . والثالث : هل يضم بعضها إلى بعض فى الزكاة فيعدان كصنف واحد ؟ أعنى عند إقامة النصاب أم هما صنفان مختلفان ؟ . والرابع : هل من شرط النصاب أن يكون المالك واحداً لااثنين ؟ . الخامس : فى اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه .

(أما المسئلة الأولى) وهى اختلافهم فى نصاب الذهب ، فإن أكثر العلماء على أن الزكاة تجب فى عشرين دينارا وزنا كما تجب فى مائتى درهم ، هذا مذهب مالك والشافعى وأبى حنيفة وأصحابهم وأحمد وجماعة فقهاء الأمصار وقالت طائفة منهم الحسن بن أبى الحسن البصرى وأكثر أصحاب داود بن على : ليس فى الذهب شىء حتى يبلغ أربعين دينارا ، ففيها ربع عشرها دينار واحد. وقالت طائفة ثالثة : ليس فى الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتى درهم أوقيمتها فإذا بلغت ففيها ربع عشرها كان وزن ذلك من الذهب عشرين دينارا أو أقل أو أكثر ، هذا فيما كان منها دون الأربعين دينارا ، فإذا بلغت أربعين دينارا كان الاعتبار بها نفسه لابالدراهم لاصرفا ولاقيمة. وسبب اختلافهم فى نصاب الذهب أنه لم يثبت فى ذلك شىء عن النبى صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك فى نصاب الفضة . وما روى ، عن الحسن بن عمارة من حديث على أنه عليه الصلاة والسلام قال « هاتُوا زَكاةَ الذَّهَبِ مِنْ كُلِّ عِشْرِينَ دِيناراً

نِصْفُ دِينارٍ » فليس عند الأكثر مما يجب العمل به لانفراد الحسن بن عمارة به ، فمن لم يصح عنده هذا الحديث اعتمد فى ذلك على الإجماع ، وهو اتفاقهم على وجوبها فى الأربعين . وأما مالك فاعتمد فى ذلك على العمل ، ولذلك قال فى الموطأ : السنة التى لا اختلاف فيها عندنا أن الزكاة تجب فى عشرين دينارا كما تجب فى مائتى درهم . وأما الذين جعلوا الزكاة فيما دون الأربعين تبعا للدراهم ، فإنه لما كانا عندهم من جنس واحد جعلوا الفضة هى الأصل ، إذ كان النص قد ثبت فيها ، وجعلوا الذهب تابعا لها فى القيمة لا فى الوزن ، وذلك فيما دون موضع الإجماع ، ولما قيل أيضا إن الرقة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء فى بعض الآثار « لَيْسَ فِيما دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ مِنَ الرِّقَةِ صَدَقَةٌ »

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيها ، فإن الجمهور قالوا : إن ما زاد على ما ئتى درهم من الوزن ففيه بحساب ذلك ، أعنى ربع العشر ، وممن قال بهذا القول مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة وأحمد بن حنبل وجماعة . وقالت طائفة من أهل العلم أكثرهم العراق : لا شىء فيما زاد على المائتى درهم حتى تبلغ الزيادة أربعين درهما ، فإذا بلغتها كان فيها ربع عشرها وذلك درهم ، وبهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من أصحابهما . وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث الحسن ابن عمارة ، ومعارضة دليل الخطاب له ، وترددها بين أصلين فى هذا الباب مختلفين فى هذا الحكم وهى الماشية والحبوب . أما حديث الحسن بن عمارة فإنه رواه عن أبى إسحاق عن عاصم بن ضمرة عن على عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « قَدْ عَفَوْتُ عَنْ صَدَقَةِ الخَيْلِ والرَّقِيقِ فَهاتُوا مِنَ الرِّقَةِ رُبُعَ العُشْرِ مِنْ كُلِّ مائَتَىْ دِرْهَمٍ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ ، وَمِنْ كُلِّ عِشْرِينَ دِيناراً نِصْفُ دِينارٍ ، وَلَيْسَ فى مائَتَىْ دِرْهَمٍ شَىْءٌ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْها الحَوْلُ فَفِيها خَمْسَةُ دَرَاهِمَ ، فَمَا زَادَ فَفِى كُلِّ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا دِرْهَمٌ ، وفى كُلِّ أَرْبَعَةِ دَنَانِيرَ تَزِيدُ عَلَى العِشْرِينَ دِيناراً دِرْهَمٌ حَتَّى تَبْلُغَ أَرْبَعِينَ دِيناراً ، فَفِى كُلِّ أَرْبَعِينَ دِينارٌ ، وفى كُلِّ أَرْبَعَةٍ وعِشْرِينَ نِصْفُ دِينارٍ وَدِرْهَمٌ » . وأما دليل الخطاب

المعارض له ، فقوله عليه الصلاة والسلام « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » ومفهومه أن فيما زاد على ذلك الصدقة قل أو كثر . وأما ترددهما بين الأصلين اللذين هما الماشية والحبوب ، فإن النص على الأوقاص ورد فى الماشية . وأجمعوا على أنه لا أوقاص فى الحبوب ، فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الأوقاص ، ومن شبههما بالحبوب قال لا وقص .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى ضم الذهب إلى الفضة فى الزكاة ، فإن عند مالك وأبى حنيفة وجماعة أنها تضم الدراهم إلى الدنانير ، فإذا كمل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة ؛ وقال الشافعى وأبو ثور وداود : لا يضم ذهب إلى فضة ولا فضة إلى ذهب . وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة لعينه أم لسبب يعمهما ، وهو كونهما كما يقول الفقهاء رءوس الأموال وقيم المتلفات ؟ فمن رأى أن المعتبر فى كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال : هما جنسان لا يضم أحدهما إلى الثانى كالحال فى البقر والغنم ؛ ومن رأى أن المعتبر فيهما هو ذلك الأمر الجامع الذى قلناه أوجب ضم بعضهما إلى بعض ، ويشبه أن يكون الأظهر اختلاف الأحكام حيث تختلف الأسماء وتختلف الموجودات أنفسها ، وإن كان قد يوهم اتحادهما اتفاق المنافع ، وهو الذى اعتمد مالك رحمه الله فى هذا الباب وفى باب الربا ، والذين أجازوا ضمهما اختلفوا فى صفة الضم . فرأى مالك ضمهما بصرف محدود ، وذلك بأن ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما ، فمن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده ، وجاز أن يخرج من الواحد عن الآخر . وقال من هؤلاء آخرون : تضم بالقيمة فى وقت الزكاة ، فمن كانت عنده مثلا مائة درهم وتسعة مثاقيل قيمتها مائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة ، ومن كانت عنده مائة درهم تساوى أحد عشر مثقالا وتسعة مثاقيل وجبت عليه أيضا فيهما الزكاة ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة ، وبمثل هذا القول قال الثورى إلا أنه يراعى الأحوط للمساكين فى الضم : أعنى القيمة أو الصرف المحدود : ومنهم من قال : يضم الأقل منها إلى الأكثر ولا يضم الأكثر إلى الأقل ؛ وقال آخرون : تضم الدنانير بقيمتها أبدا كانت الدنانير أقل من الدراهم أو أكثر ، ولا تضم الدراهم إلى الدنانير لأن الدراهم أصل

والدنانير فرع ، إذ كان لم يثبت فى الدنانير حديث ولا إجماع حتى تبلغ أربعين .
وقال بعضهم : إذا كان عنده نصاب من أحدهما ضم إليه قليل الآخر وكثيره ،
ولم ير الضم فى تكميل النصاب إذا لم يكن فى واحد منهما نصاب بل فى مجموعهما .
وسبب هذا الارتباك ما راموه من أن يجعلوا من شيئين نصابهما مختلف فى الوزن
نصابا واحدا ، وهذا كله لامعنى له ، ولعل من رام ضم أحدهما إلى الآخر
فقد أحدث حكما فى الشرع حيث لاحكم ، لأنه قد قال بنصاب ليس هو
بنصاب ذهب ولا فضة ، ويستحيل فى عادة التكليف والأمر بالبيان أن يكون
فى أمثال هذه الأشياء المحتملة حكم مخصوص ، فيسكت عنه الشارع حتى يكون
سكوته سببا لأن يعرض فيه من الاختلاف ما مقداره هذا المقدار ، والشارع
إنما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف .

(وأما المسئلة الرابعة) فإن عند مالك وأبى حنيفة أن الشريكين ليس يجب
على أحدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب ؛ وعند الشافعى أن
المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد . وسبب اختلافهم الإجماع الذى
فى قوله عليه الصلاة والسلام « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة »
فإن هذا القدر يمكن أن يفهم منه أنه إنما يخصه هذا الحكم إذا كان لمالك
واحد فقط ، ويمكن أن يفهم منه أنه يخصه هذا الحكم كان لمالك واحد أو
أكثر من مالك واحد ، إلا أنه لما كان مفهوم اشتراط النصاب إنما هو الرفق
فواجب أن يكون النصاب من شرطه أن يكون لمالك واحد ، وهو الأظهر
والله أعلم . والشافعى كأنه شبه الشركة بالخلطة ، ولكن تأثير الخلطة فى الزكاة
غير متفق عليه على ما سيأتى بعد .

(وأما المسئلة الخامسة) وهى اختلافهم فى اعتبار النصاب فى المعدن وقدر
الواجب فيه ، فإن مالكا والشافعى راعيا النصاب فى المعدن ، وإنما الخلاف
بينهما أن مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعى على ما سنقول بعد فى الجملة
الرابعة ، وكذلك لم يختلف قولهما إن الواجب فيما يخرج منه هو ربع العشر ؛
وأما أبو حنيفة فلم ير فيه نصابا ولا حولا ، وقال : الواجب هو الخمس .
وسبب الخلاف فى ذلك هل اسم الركاز يتناول المعدن أم لايتناوله ؟ لأنه قال
عليه الصلاة والسلام « وفى الرِّكازِ الخُمُسُ » وروى أشهب عن مالك أن

المعدن الذى يوجد بغير عمل أنه ركاز وفيه الخمس . فسبب اختلافهم فى هذا هو اختلافهم فى دلالة اللفظ ، وهو أحد أسباب الاختلافات العامة التى ذكرناها .

الفصل الثانى فى نصاب الإبل والواجب فيه

وأجمع المسلمون على أن فى كل خمس من الإبل شاة إلى أربع وعشرين ، فإذا كانت خمسا وعشرين ففيها ابنة مخاض إلى خمس وثلاثين ، فإن لم تكن ابنة مخاض فابن لبون ذكر ، فإذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون إلى خمس وأربعين ، فإذا كانت ستا وأربعين ففيها حقة إلى ستين ، فإذا كانت واحدا وستين ففيها جذعة إلى خمس وسبعين ، فإذا كانت ستا وسبعين ففيها ابنتا لبون إلى تسعين ، فإذا كانت واحدا وتسعين ففيها حقتان إلى عشرين ومائة لثبوت هذا كله فى كتاب الصدقة الذى أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعمل به بعده أبو بكر وعمر : واختلفوا منها فى مواضع : منها فيما زاد على العشرين والمائة ، ومنها إذا عدم السن الواجبة عليه وعنده السن الذى فوقه أو الذى تحته ماحكمه ؟ ومنها هل تجب الزكاة فى صغار الإبل وإن وجبت فما الواجب ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) وهى اختلافهم فيما زاد على المائة وعشرين ، فإن مالكا قال : إذا زادت على عشرين ومائة واحدة ، فالمصدق بالخيار إن شاء أخذ ثلاث بنات لبون ، وإن شاء أخذ حقتين إلى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون . وقال ابن القاسم من أصحابه : بل يأخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار إلى أن تبلغ ثمانين ومائة فتكون فيها حقة وابنتا لبون ، وبهذا القول قال الشافعى . قال عبد الملك بن الماجشون من أصحاب مالك : بل يأخذ الساعى حقتين فقط من غير خيار إلى أن تبلغ مائة وثلاثين . وقال الكوفيون : أبو حنيفة وأصحابه والثورى : إذا زادت على عشرين ومائة عادت الفريضة على أولها ، ومعنى عودها أن يكون عندهم فى كل خمس ذود شاة ، فإذا كانت الإبل مائة وخمسة وعشرين كان فيها حقتان وشاة ، الحقتان للمائة والعشرين ، والشاة للخمس ، فإذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان ، فإذا كانت خمسا وثلاثين ففيها حقتان وثلاث شياه إلى أربعين ومائة ، ففيها حقتان وأربع شياه إلى خمس وأربعين ومائة ، فإذا بلغتها ففيها حقتان وابنة مخاض ، الحقتان

للمائة والعشرين ، وابنة المخاض للخمس وعشرين كما كانت فى الفرض الأول إلى خمسين ومائة ، فإذا بلغتها ففيها ثلاث حقاق ، فإذا زادت على الخمسين ومائة استقبل بها الفريضة الأولى إلى أن تبلغ مائتين ، فيكون فيها أربع حقاق ثم يستقبل بها الفريضة . وأما ما عدا الكوفيين من الفقهاء ، فإنهم اتفقوا على أن ما زاد على المائة والثلاثين ، ففى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة . وسبب اختلافهم فى عودة الفرض أو لاعودته اختلاف الآثار فى هذا الباب ، وذلك أنه ثبت فى كتاب الصدقة أنه قال عليه الصلاة والسلام « فمَا زَادَ عَلَى العِشْرِينَ وَمَائَةٍ فَفِى كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبون ، وفى كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ » وروى من طريق أبى بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه كتب كتاب الصدقة وفيه « إِذَا زَادَتِ الإبِلِ عَلَى مائَةٍ وعِشْرِينَ اسْتُؤْنِفَتِ الفَرِيضَةَ » فذهب الجمهور إلى ترجيح الحديث الأول إذ هو أثبت ، وذهب الكوفيون إلى ترجيح حديث عمرو بن حزم لأنه ثبت عندهم هذا من قول على وابن مسعود ، قالوا : ولا يصح أن يكون مثل هذا إلا توقيفا إذ كان مثل هذا لايقال بالقياس . وأما سبب اختلاف مالك وأصحابه والشافعى فيما زاد على المائة وعشرين إلى الثلاثين فلأنه لم يستقم لهم حساب الأربعينيات ولا الخمسينيات ، فمن رأى أن ما بين المائة وعشرين إلى أن يستقيم الحساب وقص قال : ليس فيما زاد على ظاهر الحديث الثابت شىء ظاهر حتى يبلغ مائة وثلاثين وهو ظاهر الحديث . وأما الشافعى وابن القاسم فإنما ذهبا إلى أن فيها ثلاث بنات لبون ، لأنه قد روى عن ابن شهاب فى كتاب الصدقة أنها إذا بلغت إحدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون ، فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة . فسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الأثر الثابت للتفسير الذى فى هذا الحديث فإن ابن الماجشون رجح ظاهر الأثر للاتفاق على ثبوته ، وابن القاسم والشافعى حملا المجمل على المفصل المفسر . وأما تخيير مالك الساعى ، فكأنه جمع بين الأثرين والله أعلم .

(وأما المسئلة الثانية) وهو إذا عدم السن الواجب من الإبل الواجبة وعنده

السن الذى فوق هذا السن أو تحته ، فإن مالكا قال : يكلف شراء ذلك السن . وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده وزيادة عشرين درهما إن كان السن الذى عنده أحط أو شاتين ، وإن كان أعلى دفع إليه المصدق عشرين درهما أو شاتين ، وهذا ثابت فى كتاب الصدقة فلا معنى للمنازعة فيه ، ولعل مالكا لم يبلغه هذا الحديث ، وبهذا الحديث قال الشافعى وأبوثور . وقال أبوحنيفة : الواجب عليه القيمة على أصله فى إخراج القيم فى الزكاة . وقال قوم : بل يعطى السن الذى عنده ، وما بينهما من القيمة .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى هل تجب فى صغار الإبل ، وإن وجبت فماذا يكلف ؟ فإن قوما قالوا : تجب فيها الزكاة ، وقوم قالوا : لاتجب . وسبب اختلافهم هل يتناول اسم الجنس الصغار أو لايتناوله . والذين قالوا : لاتجب فيها زكاة هو أبوحنيفة وجماعة من أهل الكوفة ، وقد احتجوا بحديث سويد ابن غفلة أنه قال : أتانا مصدق النبى عليه الصلاة والسلام ، فأتيته فجلست إليه فسمعته يقول : إن فى عهدى أن لا آخذ من راضع لبن ، ولا أجمع بين مفترق ولا نفرق بين مجتمع ، قال : وأتاه رجل بناقة كوماء فأبى أن يأخذها . والذين أوجبوا الزكاة فيها منهم من قال : يكلف شراء السن الواجبة عليهم ، ومنهم من قال : يأخذ منها وهو الأقيس ، وبنحو هذا الاختلاف اختلفوا فى صغار البقر وسخال الغنم .

الفصل الثالث فى نصاب البقر وقدر الواجب فى ذلك

جمهور العلماء على أن فى ثلاثين من البقر تبيعا وفى أربعين مسنة . وقالت طائفة فى كل عشر من البقر شاة إلى ثلاثين ففيها تبيع ، وقيل إذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بقرة إلى خمس وسبعين ففيها بقرتان إذا جاوزت ذلك ، فإذا بلغت مائة وعشرين ففى كل أربعين بقرة ، وهذا عن سعيد بن المسيب . واختلف فقهاء الأمصار فيما بين الأربعين والستين ؛ فذهب مالك والشافعى وأحمد والثورى وجماعة أن لاشىء فيما زاد على الأربعين حتى تبلغ الستين ، فإذا بلغت ستين ففيها تبيعان إلى سبعين ، ففيها مسنة وتبيع إلى ثمانين ، ففيها مسنتان إلى تسعين ، ففيها ثلاثة أتبعة إلى مائة ، ففيها تبيعان ومسنة ، ثم هكذا

ما زاد ، فني كل ثلاثين تبيع ، وفى كل أربعين مسنة . وسبب اختلافهم فى النصاب أن حديث معاذ غير متفق على صحته ، ولذلك لم يخرجه الشيخان . وسبب اختلاف فقهاء الأمصار فى الوقص فى البقر أنه جاء فى حديث معاذ هذا أنه توقف فى الأوقاص وقال : حتى أسأل فيها النبى صلى الله عليه وسلم ، فلما قدم عليه وجده قد توفى صلى الله عليه وسلم ، فلما لم يرد فى ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس ، فمن قاسها على الإبل والغنم لم ير فى الأوقاص شيئا ، ومن قال إن الأصل فى الأوقاص الزكاة إلا ما استثناه الدليل من ذلك وجب أن لايكون عنده فى البقر وقص ، إذ لادليل هنالك من إجماع ولا غيره .

الفصل الرابع فى نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك

وأجمعوا من هذا الباب على أن فى سائمة الغنم إذا بلغت أربعين شاة شاة إلى عشرين ومائة ، فإذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان إلى مائتين ، فإذا زادت على المائتين فثلاث شياه إلى ثلاثمائة ، فإذا زادت على الثلاثمائة فنى كل مائة شاة ، وذلك عند الجمهور إلا الحسن بن صالح فإنه قال : إذا كانت الغنم ثلاثمائة شاة وشاة واحدة أن فيها أربع شياه ، وإذا كانت أربعمائة شاة وشاة ففيها خمس شياه ، وروى قوله هذا عن منصور عن إبراهيم ، والآثار الثابتة المرفوعة فى كتاب الصدقة على ما قال الجمهور . واتفقوا على أن المعز تضم مع الغنم ، واختلفوا من أى صنف منها يأخذ المصدق ، فقال مالك : يأخذ من الأكثر عددا ، فإن استوت خير الساعى . وقال أبو حنيفة : بل الساعى يخير إذا اختلفت الأصناف . وقال الشافعى : يأخذ الوسط من الأصناف المختلفة لقول عمر رضى الله عنه : نعد عليهم السخلة يحملها الراعى ولا نأخذها ولا نأخذ الأكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم ، ونأخذ الجذعة والثنية ، وذلك عدل بين خيار المال ووسطه . وكذلك اتفق فقهاء جماعة الأمصار على أنه لايؤخذ فى الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عور لثبوت ذلك فى كتاب الصدقة ، إلا أن يرى المصدق أن ذلك خير للمساكين . واختلفوا فى العمياء وذات العلة هل تعد على صاحب المال أم لا ؟ فرأى مالك والشافعى أن تعد ، وروى عن أبى حنيفة أنها لاتعد . وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم

يتناول الأصحاء والمرضى أم لايتناولهما ؟ . واختلفوا من هذا الباب فى نسل الأمهات هل تعد مع الأمهات فيكمل النصاب بها إذا لم تبلغ نصابا ؟ فقال مالك يعتد بها ، وقال الشافعى وأبوحنيفة وأبو ثور : لايعتد بالسخال إلا أن تكون الأمهات نصابا . وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضى الله عنه إذ أمر أن تعتد عليهم بالسخال ولا يؤخذ منها شىء ، فإن قوما فهموا من هذا إذا كانت الأمهات نصابا ، وقوم فهموا هذا مطلقا ، وأحسب أن أهل الظاهر لايوجبون فى السخال شيئا ، ولا يعدون بها لوكانت الأمهات نصابا ولو لم تكن لأن اسم الجنس لاينطلق عليها عندهم ، وأكثر الفقهاء على أن للخلطة تأثيرا فى قدر الواجب من الزكاة . واختلف القائلون بذلك هل لها تأثير فى قدر النصاب أم لا ؟ وأما أبوحنيفة وأصحابه فلم يروا للخلطة تأثيرا ، لافى قدر الواجب ولا فى قدر النصاب ، وتفسير ذلك أن مالكا والشافعى وأكثر فقهاء الأمصار اتفقوا على أن الخلطاء يزكون زكاة المالك الواحد . واختلفوا من ذلك فى موضعين : أحدهما فى نصاب الخلطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب أو لم يكن ؟ أم إنما يزكون زكاة الرجل الواحد إذا كان لكل واحد منهم نصاب ؟ . والثانى فى صفة الخلطة التى لها تأثير فى ذلك . وأما اختلافهم أولا فى هل للخلطة تأثير فى النصاب وفى الواجب أو ليس لها تأثير ؟ . فسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم ما ثبت فى كتاب الصدقة من قوله عليه الصلاة والسلام « لا يُجْمَعُ بَيْنَ مُفْتَرِقٍ ولا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشْيَةَ الصَّدَقَةِ » وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بالسوية ، فإن كل واحد من الفريقين أنزل مفهوم هذا الحديث على اعتقاده ، وذلك أن الذين رأوا للخلطة تأثيرا ما فى النصاب والقدر الواجب أو فى القدر الواجب فقط قالوا : إن قوله عليه الصلاة والسلام « وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية » وقوله « لايجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع » يدل دلالة واضحة أن ملك الخليطين كملك رجل واحد ، فإن هذا الأثر مخصص لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس فيما دون خمس ذود من الإبل صدقة » إما فى الزكاة عند مالك وأصحابه : أعنى فى قدر الواجب ، وإما فى الزكاة والنصاب معا عند الشافعى وأصحابه . وأما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا : إن الشريكين قد يقال لهما خليطان ،

ويحتمل أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام « لايجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع » إنما هو نهى للسعاة أن يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة ، مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه إلى أربعين ثلاث مرات ، أو يجمع ملك رجل واحد إلى ملك رجل آخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة قالوا : وإذا كان هذا الاحتمال فى هذا الحديث وجب أن لا تخصص به الأصول الثابتة المجمع عليها أعنى أن النصاب والحق الواجب فى الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد . وأما الذين قالوا بالخلطة ، فقالوا : إن لفظ الخلطة هو أظهر فى الخلطة نفسها منه فى الشركة ، وإذا كان ذلك كذلك فقوله عليه الصلاة والسلام فيهما « إنهما يتراجعان بالسوية » مما يدل على أن الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد ، وأن قوله عليه الصلاة والسلام « إنهما يتراجعان بالسوية » يدل على أن الخليطين ليسا بشريكين ، لأن الشريكين ليس يتصور بينهما تراجع إذ المأخوذ هو من مال الشركة ، فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يقس عليه النصاب قال : الخليطان إنما يزكيان زكاة الرجل الواحد إذا كان لكل واحد منهما نصاب ، ومن جعل حكم النصاب تابعا لحكم الحق الواجب قال : نصابهما نصاب الرجل الواحد ، كما أن زكاتهما زكاة الرجل الواحد ، وكل واحد من هؤلاء أنزل قوله عليه الصلاة والسلام « لايجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع » على ما ذهب إليه : فأما مالك رحمه الله تعالى فإنه قال : معنى قوله « لايفرق بين مجتمع » أن الخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة ، فتكون عليهما فيهما ثلاث شياه ، فإذا افترقا كان على كل واحد منهما شاة ، ومعنى قوله « لايجمع بين مفترق » أن يكون النفر الثلاث لكل واحد منهم أربعون شاة ، فإذا جمعوها كان عليهم شاة واحدة ، فعلى مذهبه النهى إنما هو متوجه نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب . وأما الشافعى فقال معنى قوله « ولا يفرق بين مجتمع » أن يكون رجلان لهما أربعون شاة ، فإذا فرقا غنمهما لم يجب عليهما فيها زكاة ، إذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد فى الحكم . وأما القائلون بالخلطة فإنهم اختلفوا فيما هى الخلطة المؤثرة فى الزكاة . فأما الشافعى فقال : إن من شرط الخلطة أن تختلط ماشيتهما وتراحا لواحد وتحلبا لواحد وتسرحا لواحد وتسقيا معا ، وتكون فحولهما

مختلطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك يعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشريكين كما تقدم . وأما مالك فالخليطان عنده ما اشتركا فى الدلو والحوض والمراح والراعى والفحل ، واختلف أصحابه فى مراعاة بعض هذه الأوصاف أو جميعها . وسبب اختلافهم اشتراك اسم الخلطة ، ولذلك لم ير قوم تأثير الخلطة فى الزكاة ، وهو مذهب أبى محمد بن حزم الأندلسى .

الفصل الخامس

فى نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب فى ذلك

وأجمعوا على أن الواجب فى الحبوب ، أما ماسقى بالسماء فالعشر ، وأما ماسقى بالنضح فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم . وأما النصاب فإنهم اختلفوا فى وجوبه فى هذا الجنس من مال الزكاة ، فصار الجمهور إلى إيجاب النصاب فيه وهو خمسة أوسق ، والوسق ستون صاعا بإجماع ، والصاع أربعة أمداد بمد النبى عليه الصلاة والسلام ، والجمهور على أن مده رطل وثلث وزيادة يسيرة بالبغدادى ، وإليه رجع أبو يوسف حين ناظره مالك على مذهب أهل العراق لشهادة أهل المدينة بذلك ، وكان أبو حنيفة يقول فى المد إنه رطلان ، وفى الصاع إنه ثمانية أرطال . وقال أبو حنيفة : ليس فى الحبوب والثمار نصاب . وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام « فيما سقت السماء العشر ، وفيما سقى بالنضح نصف العشر » وأما الخصوص فقوله عليه الصلاة والسلام « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » والحديثان ثابتان ، فمن رأى الخصوص يبنى على العموم قال لابد من النصاب وهو المشهور ، ومن رأى أن العموم والخصوص متعارضان إذا جهل المتقدم فيهما والمتأخر إذ كان قد ينسخ الخصوص بالعموم عنده ، وينسخ العموم بالخصوص ، إذ كل ما وجب العمل به جاز نسخه ، والنسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ، ومن رجح العموم قال لانصاب ، ولكن حمل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم فى الجزء الذى تعارضا فيه فإن العموم فيه ظاهر والخصوص فيه نص ، فتأمل هذا فإنه السبب الذى صير الجمهور إلى أن يقولوا بنى العام على الخاص

وعلى الحقيقة ليس بنيانا ، فإن التعارض بينهما موجود إلا أن يمكن الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناء ، واحتجاج أبى حنيفة فى النصاب بهذا العموم فيه ضعف ، فإن الحديث إنما خرج مخرج تبيين القدر الواجب منه . واختلفوا من هذا الباب فى النصاب فى ثلاث مسائل : المسئلة الأولى : فى ضم الحبوب بعضها إلى بعض فى النصاب . الثانية : فى جواز تقدير النصاب فى العنب والتمر بالخرص . الثالثة : هل يحسب على الرجل ما يأكله من ثمره وزرعه قبل الحصاد والجذاذ فى النصاب أم لا ؟ .

(أما المسئلة الأولى) فإنهم أجمعوا على أن الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده إلى رديئه وتؤخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد منهما : أعنى من الجيد والردىء ، فإن كان التمر أصنافا أخذ من وسطه . واختلفوا فى ضم القطانى بعضها إلى بعض ، وفى ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك : القطنية كلها صنف واحد الحنطة والشعير والسلت أيضا . وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وجماعة : القطانى كلها أصناف كثيرة بحسب أسمائها ، ولا يضم منها شىء إلى غيره فى حساب النصاب ، وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم أصناف ثلاثة لا يضم واحد منها إلى الآخر لتكميل النصاب . وسبب الخلاف هل المراعاة فى الصنف الواحد هو اتفاق المنافع أو اتفاق الأسماء ؟ فمن قال اتفاق الأسماء قال : كلما اختلفت أسماؤها فهى أصناف كثيرة ، ومن قال اتفاق المنافع قال : كلما اتفقت منافعها فهى صنف واحد وإن اختلفت أسماؤها ، فكل واحد منهما يروم أن يقرر قاعدته باستقراء الشرع ؛ أعنى أن أحدهما يحتج لمذهبه بالأشياء التى اعتبر فيها الشرع الأسماء ، والآخر بالأشياء التى اعتبر الشرع فيها المنافع ، ويشبه أن يكون شهادة الشرع للأسماء فى الزكاة أكثر من شهادته للمنافع وإن كان كلا الاعتبارين موجودا فى الشرع ، والله أعلم .

(وأما المسئلة الثانية) وهى تقدير النصاب بالخرص واعتباره به دون الكيل فإن جمهور العلماء على إجازة الخرص فى النخيل والأعناب حين يبدو صلاحها لضرورة أن يخلى بينها وبين أهلها يأكلونها رطبا . وقال داود : لا خرص إلا فى النخيل فقط . وقال أبو حنيفة وصاحباه : الخرص باطل وعلى رب المال أن

يؤدى عشر ما تحصل بيده زاد على الخرص أو نقص منه . والسبب فى اختلافهم فى جواز الخرص معارضة الأصولَ للأثر الوارد فى ذلك . أما الأثر الوارد فى ذلك وهو الذى تمسك به الجمهور فهو ما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرسل عبد الله بن رواحة وغيره إلى خيبر فيخرص عليهم النخل » . وأما الأصول التى تعارضه فلأنه من باب المزابنة المنهى عنها ، وهو بيع الثمر فى رءوس النخل بالتمر كيلا ، ولأنه أيضا من باب بيع الرطب بالتمر نسيئة فيدخله المنع من التفاضل ومن النسيئة وكلاهما من أصول الربا ، فلما رأى الكوفيون هذا مع أن الخرص الذى كان يخرص على أهل خيبر لم يكن للزكاة إذ كانوا ليسوا بأهل زكاة قالوا : يحتمل أن يكون تخمينا ليعلم ما بأيدى كل قوم من الثمار . قال القاضى : أما بحسب خبر مالك ، فالظاهر أنه كان فى القسمة لما روى أن عبد الله بن رواحة كان إذا فرغ من الخرص قال : إن شئتم فلكم وإن شئتم فلى ، أعنى فى قسمة الثمار لا فى قسمة الحب . وأما بحسب حديث عائشة الذى رواه أبو داود فإنما الخرص لموضع النصيب الواجب عليهم فى ذلك ، والحديث هو أنها قالت وهى تذكر شأن خيبر « كان النبى صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة إلى يهود خيبر فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه » وخرص الثمار لم يخرجه الشيخان ، وكيفما كان فالخرص مستثنى من تلك الأصول ، هذا إن ثبت أنه كان منه عليه الصلاة والسلام حكما منه على المسلمين ، فإن الحكمَ لو ثبت على أهل الذمة ليس يجب أن يكون حكما على المسلمين إلا بدليل والله أعلم . ولو صح حديث عتاب بن أسيد لكان جواز الخرص بينا والله أعلم ، وحديث عتاب بن أسيد هو أنه قال « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أخرص العنب وآخذ زكاته زبيبا كما تؤخذ زكاة النخل تمرا » وحديث عتاب بن أسيد طعن فيه ، لأن راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ، ولذلك لم يجز داود خرص العنب . واختلف من أوجب الزكاة فى الزيتون فى جواز خرصه . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قياسه فى ذلك على النخل والعنب ؛ والمخرج عند الجميع من النخل فى الزكاة هو التمر لا الرطب ، وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه ، وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة فى الزيتون هو الزيت لا الحب

قياسا على التمر والزبيب . وقال مالك فى العنب الذى لا يتزبب والزيتون الذى لا ينعصر أرى أن يؤخذ منه حبا .

(وأما المسئلة الثالثة) فإن مالكا وأبا حنيفة قالا : يحسب على الرجل ما أكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد فى النصاب ، وقال الشافعى : لا يحسب عليه ويترك الخارص لرب المال ما يأكل هو وأهله . والسبب فى اختلافهم ما يعارض الآثار فى ذلك من الكتاب والقياس . أما السنة فى ذلك فما رواه سهل بن أبى حثمة « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا حثمة خارصا ، فجاء رجل فقال : يا رسول الله إن أبا حثمة قد زاد علىّ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنَّ ابْنَ عَمِّكَ يَزْعُمُ أَنَّكَ زِدْتَ عَلَيْهِ ، فقال : يا رسول الله لقد تركت له قدر عرية أهله وما يطعمه المساكين وما تسقطه الريح ، فقال : قَدْ زَادَكَ ابْنُ عَمِّكَ وأَنْصَفَكَ » وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذَا خَرَصْتُمْ فَدَعُوا الثُّلُثَ ، فإنْ لَمْ تَدَعُوا الثُّلُثَ فَدَعُوا الرُّبُعَ » وروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خَفِّفُوا فى الخَرْص فإنَّ فى المَالِ العَرِيَّةَ والآكِلَةَ والوَصِيَّةَ والعَامِلَ والنَّوائِبَ وَمَا وَجَبَ فى الثَّمَرِ مِنَ الحَقّ » وأما الكتاب المعارض لهذه الآثار والقياس فقوله تعالى - كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إذَا أَثْمَرَ وآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ - . وأما القياس فلأنه مال فوجبت فيه الزكاة أصله سائر الأموال . فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بقدر الواجب فى الزكاة والواجب منه فى هذه الأجناس الثلاثة التى الزكاة مخرجة من أعيانها ، لم يختلفوا أنها إذا خرجت من الأعيان أنفسها أنها مجزئة ، واختلفوا هل يجوز فيها أن يخرج بدل العين القيمة أو لا يجوز ؟ فقال مالك والشافعى : لا يجوز إخراج القيم فى الزكوات بدل المنصوص عليه فى الزكوات ، وقال أبو حنيفة : يجوز سواء قدر على المنصوص عليه أو لم يقدر . وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق واجب للمساكين ، فمن قال إنها عبادة : قال إن أخرج من غير تلك الأعيان لم يجز لأنه إذا أتى بالعبادة على غير الجهة المأمور بها فهى فاسدة ، ومن قال هى حق للمساكين فلا فرق بين القيمة والعين عنده ، وقد قالت الشافعية : لنا أن نقول وإن

سلمنا أنها حق للمساكين أن الشارع إنما علق الحق بالعين قصدا منه لتشريك الفقراء مع الأغنياء فى أعيان الأموال : والحنفية تقول : إنما خصت بالذكر أعيان الأموال تسهيلا على أرباب الأموال ، لأن كل ذى مال إنما يسهل عليه الإخراج من نوع المال الذى بين يديه ، ولذلك جاء فى بعض الأثر أنه جعل فى الدية على أهل الحلل حللا على ما يأتى فى كتاب الحدود .

الفصل السادس فى نصاب العروض

والنصاب فى العروض على مذهب القائلين بذلك إنما هو فيما اتخذ منها للبيع خاصة على ما يقدر قبل ، والنصاب فيها على مذهبهم هو النصاب فى العين إذ كانت هذه هى قيم المتلفات ورءوس الأموال ، وكذلك الحول فى العروض عند الذين أوجبوا الزكاة فى العروض ، فإن مالكا قال ، إذا باع العروض زكاه لسنة واحدة كالحال فى الدين ، وذلك عنده فى التاجر الذى تضبط له أوقات شراء عروضه . وأما الذين لاينضبط لهم وقت ما يبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصون باسم المدير ، فحكم هؤلاء عند مالك إذا حال عليهم الحول من يوم ابتداء تجارتهم أن يقوم ما بيده من العروض ، ثم يضم إلى ذلك ما بيده من العين وماله من الدين الذى يرتجى قبضه إن لم يكن عليه دين مثله : وذلك بخلاف قوله فى دين غير المدير ، فإذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك نصابا أدى زكاته ، وسواء نض له فى عامه شىء من العين أو لم ينض بلغ نصابا أو لم يبلغ نصابا ، وهذه رواية ابن الماجشون عن مالك . وروى ابن القاسم عنه : إذا لم يكن له ناض وكان يتجر بالعروض لم يكن عليه فى العروض شىء . فمنهم من لم يشترط وجود الناض عنده ، ومنهم من شرطه . والذى شرطه ، منهم من اعتبر فيه النصاب ، ومنهم من لم يعتبر ذلك . وقال المزنى : زكاة العروض تكون من أعيانها لامن أثمانها . وقال الجمهور ، الشافعى وأبوحنيفة وأحمد والثورى والأوزاعى وغيرهم : المدير وغير المدير حكمه واحد ، وأنه من اشترى عرضا للتجارة فحال عليه الحول قومه وزكاه . وقال قوم : بل يزكى ثمنه الذى ابتاعه به لاقيمته ، وإنما لم يوجب الجمهور على المدير شيئا لأن الحول إنما يشترط

فى عين المال لافى نوعه . وأما مالك فشبه النوع ههنا بالعين لئلا تسقط الزكاة رأسا عن المدير ، وهذا هو بأن يكون شرعا زائدا أشبه منه بأن يكون شرعا مستنبطا من شرع ثابت ، ومثل هذا هو الذى يعرفونه بالقياس المرسل ، وهو الذى لايستند إلى أصل منصوص عليه فى الشرع إلا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه ، ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها .

(الجملة الرابعة فى وقت الزكاة) وأما وقت الزكاة فإن جمهور الفقها يشترطون فى وجوب الزكاة فى الذهب والفضة والماشية الحول ، لثبوت ذلك عن الخلفاء الأربعة ، ولانتشاره فى الصحابة رضى الله عنهم ، ولانتشار العمل به ، ولاعتقادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز أن يكون إلا عن توقيف . وقد روى مرفوعا من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «لازكَاةَ فى مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيهِ الحَولُ» وهذا مجمع عليه عند فقهاء الأمصار ، وليس فيه فى الصدر الأول خلاف إلا ما روى عن ابن عباس ومعاوية . وسبب الاختلاف أنه لم يرد فى ذلك حديث ثابت . واختلفوا من هذا الباب فى مسائل ثمانية مشهورة : إحداها : هل يشترط الحول فى المعدن إذا قلنا إن الواجب فيه ربع العشر ؟ . الثانية : فى اعتبار حولى ربح المال . الثالثة : حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة . الرابعة : فى اعتبار حول الدين إذا قلنا إن فيه الزكاة . الخامسة : فى اعتبار حول العروض إذا قلنا إن فيها الزكاة . السادسة فى حول فائدة الماشية . السابعة : فى حول نسل الغنم إذا قلنا إنها تضم إلى الأمهات ، إما على رأى من يشترط أن تكون الأمهات نصابا وهو الشافعى وأبو حنيفة ، وإما على مذهب من لايشترط ذلك ، وهو مذهب مالك . والثامنة فى جواز إخراج الزكاة قبل الحول .

(أما المسئلة الأولى) وهى المعدن ، فإن الشافعى راعى فيه الحول مع النصاب وأما مالك فراعى فيه النصاب دون الحول . وسبب اختلافهم تردد شبهة بين ما تخرجه الأرض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المقتنيين ، فمن

شبهه بما تخرجه الأرض لم يعتبر الحول فيه ، ومن شبهه بالتبر والفضة المقتنيين أوجب الحول ، وتشبيهه بالتبر والفضة أبين والله أعلم :

(المسئلة الثانية) وأما اعتبار حول ربح المال فإنهم اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال : فرأى الشافعى أن حوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الأصل نصابا أو لم يكن ، وهو مروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب أن لايعرض لأرباح التجارة حتى يحول عليها الحول . وقال مالك : حول الربح هو حول الأصل : أى إذا كمل للأصول حول زكى الربح معه ، سواء كان الأصل نصابا أو أقل من نصاب إذا بلغ الأصل مع ربحه نصابا ، قال أبوعبيد : ولم يتابعه عليه أحد من الفقهاء إلا أصحابه . وفرق قوم بين أن يكون رأس المال الحائل عليه الحول نصابا أو لايكون فقالوا : إن كان نصابا زكى الربح مع رأس ماله ، وإن لم يك نصابا لم يزك وممن قال بهذا القول الأوزاعى وأبو ثور وأبو حنيفة . وسبب اختلافهم تردد الربح بين أن يكون حكمه حكم المال المستفاد أو حكم الأصل ، فمن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال : يستقبل به الحول ، ومن شبهه بالأصل وهو رأس المال قال : حكمه حكم رأس المال ، إلا أن من شروط هذا التشبيه أن يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة ، وذلك لايكون إلا إذا كان نصابا ، ولذلك يضعف قياس الربح على الأصل فى مذهب مالك ، ويشبه أن يكون الذى اعتمده مالك رضى الله عنه فى ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم ، لكن نسل الغنم مختلف أيضا فيه ، وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى حول الفوائد ، فانهم أجمعوا على أن المال إذا كان أقل من نصاب واستفيد إليه مال من غير ربحه يكمل من مجموعهما نصاب أنه يستقبل به الحول من يوم كمل . واختلفوا إذا استفاد مالا وعنده نصاب مال آخر قد حال عليه الحول ، فقال مالك : يزكى المستفاد إن كان نصابا لحوله ولا يضم إلى المال الذى وجبت فيه الزكاة ، وبهذا القول فى الفوائد قال الشافعى ، وقال أبوحنيفة وأصحابه والثورى : الفوائد كلها تزكى بحول الأصل إذا كان الأصل نصابا ، وكذلك الربح عندهم . وسبب اختلافهم هل حكمه حكم المال الوارد عليه أم حكمه حكم مال لم يرد على مال

آخر؟ فمن قال حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر : أعنى مالا فيه زكاة . قال : لازكاة فى الفائدة ، ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وأنه مال واحد قال : إذا كان فى الوارد عليه الزكاة بكونه نصابا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لازكاة فى مال حتى يحول عليه الحول» يقتضى أن لايضاف مال إلى مال إلا بدليل وكأن أباحنيفة اعتمد فى هذا قياس الناض على الماشية ، ومن أصله الذى يعتمده فى هذا الباب أنه ليس من شرط الحول أن يوجد المال نصابا فى جميع أجزائه بل أن يوجد نصابا فى طرفيه فقط وبعضا منه فى كله ؛ فعنده أنه إذا كان مال فى أول الحول نصابا ثم هلك بعضه فصار أقل من نصاب ثم استفاد مالا فى آخر الحول صار به نصابا أنه تجب فيه الزكاة ، وهذا عنده موجود فى هذا المال لأنه لم يستكمل الحول ، وهو فى جميع أجزائه مال واحد بعينه ، بل زاد ولكن ألفى فى طرفى الحول نصابا ، والظاهر أن الحول الذى اشترط فى المال إنما هو فى مال معين لايزيد ولا ينقص لابربح ولا بفائدة ولا بغير ذلك ، إذ كان المقصود بالحول هو كون المال فضلة مستغنى عنه وذلك أن ما بقى حولا عند المالك لم يتغير عنده فليس به حاجة إليه فجعل فيه الزكاة فإن الزكاة إنما هى فى فضول الأموال . وأما من رأى أن اشتراط الحول فى المال إنما سببه النماء فواجب عليه أن يقول : تضم الفوائد فضلا عن الأرباح إلى الأصول وأن يعتبر النصاب فى طرفى الحول فتأمل هذا فإنه بين والله أعلم . ولذلك رأى مالك أن من كان عنده فى أول الحول ماشية تجب فيها الزكاة ثم باعها وأبدلها فى آخر الحول بماشية من نوعها أنها تجب فيها الزكاة ، فكأنه اعتبر أيضا طرفى الحول على مذهب أبى حنيفة ، وأخذ أيضا ما اعتمد أبوحنيفة فى فائدة الناض القياس على فائدة الماشية على ما قلناه .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى اعتبار حول الدين إذا قلنا إن فيه الزكاة فإن قوما قالوا : يعتبر ذلك فيه من أول ما كان دينا يزكيه لعدة ذلك إن كان حولا فحول ، وإن كان أحوالا فأحوال ، أعنى أنه إن كان حولا تجب فيه زكاة واحدة ، وإن أحوالا وجبت فيه الزكاة لعدة تلك الأحوال . وقوم قالوا : يزكيه لعام واحد ، وإن أقام الدين أحوالا عند الذى عنده الدين . وقوم قالوا :

يستقبل به الحول . وأما من قال يستقبل بالدين الحول من يوم قبض فلم يقل بإيجاب الزكاة فى الدين : ومن قال فيه : الزكاة بعدد الأحوال التى أقام فصيرا إلى تشبيه الدين بالمال الحاضر : وأما من قال : الزكاة فيه لحول واحد وإن أقام أحوالا ، فلا أعرف له مستندا فى وقتى هذا ، لأنه لايخلو ما دام دينا أن يقول إن فيه زكاة أو لايقول ذلك ، فإن لم يكن فيه زكاة فلا كلام بل يستأنف به ، وإن كان فيه زكاة فلايخلو أن يشترط فيها الحول أو لايشترط ذلك ، فإن اشترطنا وجب أن يعتبر عدد الأحوال إلا أن يقول كلما انقضى حول فلم يتمكن من أدائه سقط عنه ذلك الحق اللازم فى ذلك الحول ، فإن الزكاة وجبت بشرطين : حضور عين المال ، وحلول الحول ، فلم يبق إلا حق العام الأخير ، وهذا يشبهه مالك بالعروض التى للتجارة ، فإنها لاتجب عنده فيها زكاة إلا إذا باعها وإن أقامت عنده أحوالا كثيرة ، وفيه ما شبه بالماشية التى لايأتى الساعى أعواما إليها ثم يأتى فيجدها قد انقضت فإنه يزكى على مذهب مالك الذى وجد فقط لأنه لما أن حال عليها الحول فيما تقدم ولم يتمكن من إخراج الزكاة إذ كان مجىء الساعى شرطا عنده فى إخراجها مع حلول الحول سقط عنه حق ذلك الحول الحاضر وحوسب به فى الأعوام السالفة كان الواجب فيها أقل أو أكثر إذا كانت مما تجب فيه الزكاة ، وهو شىء يجرى على غير قياس ، وإنما اعتبر مالك فيه العمل . وأما الشافعى فيراه ضامنا لأنه ليس مجىء الساعى شرطا عنده فى الوجوب ، وعلى هذا كل من رأى أنه لايجوز أن يخرج زكاة ماله إلا بأن يدفعها إلى الإمام فعدم الإمام ، أو عدم الإمام العادل إن كان ممن شرط العدالة فى ذلك أنه إن هلكت بعد انقضاء الحول وقبل التمكن من دفعها إلى الإمام فلا شىء عليه : ومالك تنقسم عنده زكاة الديون لهذه الأحوال الثلاثة ، أعنى أن من الديون عنده ما يزكى لعام واحد فقط مثل ديون التجارة ، ومنها مايستقبل بها الحول مثل ديون المواريث : والثالث دين المدبر وتحصيل قوله فى الديون ليس بغرضنا .

(المسئلة الخامسة) وهى حول العروض ، وقد تقدم القول فيها عند القول فى نصاب العروض .

(وأما المسئلة السادسة) وهي فوائد الماشية ، فإن مذهب مالك فيها بخلاف مذهبه فى فوائد الناضّ ، وذلك أنه يبنى الفائدة على الأصل إذا كان الأصل نصابا كما يفعل أبو حنيفة فى فائدة الدراهم وفى فائدة الماشية ، فأبو حنيفة مذهبه فى الفوائد حكم واحد ، أعنى أنها تبنى على الأصل إذا كانت نصابا كانت فائدة غنم أو فائدة ناض ، والأرباح عنده والنسل كالفوائد ؛ وأما مالك فالربح والنسل عنده حكمهما واحد ، ويفرق بين فوائد الناض وفوائد الماشية . وأما الشافعى فالأرباح والفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حولهما بأنفسهما ، وفوائد الماشية ونسلها واحد باعتبار حولهما بالأصل إذا كان نصابا ، فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة ، وكأنه إنما فرق مالك بين الماشية والناض اتباعا لعمر ، وإلا فالقياس فيهما واحد ، أعنى أن الربح شبيه بالنسل والفائدة بالفائدة ، وحديث عمر هذا هو أنه أمر أن يعد عليهم بالسخال ولا يأخذ منها شيئا ، وقد تقدم الحديث فى باب النصاب .

(المسئلة السابعة) وهي اعتبار حول نسل الغنم ، فإن مالكا قال : حول النسل هو حول الأمهات كانت الأمهات نصابا أو لم تكن كما قال فى ربح الناض . وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور : لايكون حول النسل حول الأمهات إلا أن تكون الأمهات نصابا . وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم فى ربح المال .

(وأما المسئلة الثامنة) وهي جواز إخراج الزكاة قبل الحول ، فإن مالكا منع ذلك وجوزه أبو حنيفة والشافعى . وسبب الخلاف هل هى عبادة أو حق واجب للمساكين ، فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز إخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة أجاز إخراجها قبل الأجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعى لرأيه بحديث على « أن النبى عليه الصلاة والسلام استسلف صدقة العباس قبل محلها » .

(الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة) والكلام فى هذا الباب فى ثلاثة فصول : الأول : فى عدد الأصناف الذين تجب لهم . الثانى : فى صفتهم التى تقتضى ذلك . الثالث : كم يجب لهم ؟.

الفصل الأول فى عدد الأصناف

الذين تجب لهم الزكاة

فأما عددهم فهم الثمانية الذين نص الله عليهم فى قوله تعالى ـ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ـ الآية . واختلفوا من العدد فى مسئلتين : إحداهما : هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة إلى صنف واحد من هؤلاء الأصناف أم هم شركاء فى الصدقة لايجوز أن يخص منهم صنف دون صنف ؟ فذهب مالك وأبوحنيفة إلى أنه يجوز للإمام أن يصرفها فى صنف واحد أو أكثر من صنف واحد إذا رأى ذلك بحسب الحاجة . وقال الشافعى : لايجوز ذلك بل يقسم على الأصناف الثمانية كما سمى الله تعالى ، وسبب اختلافهم معارضة اللفظ للمعنى ، فإن اللفظ يقتضى القسمة بين جميعهم ، والمعنى يقتضى أن يؤثر بها أهل الحاجة إذ كان المقصود به سد الخلة ، فكان تعديدهم فى الآية عند هؤلاء إنما ورد لتمييز الجنس أعنى أهل الصدقات لاتشريكهم فى الصدقة ، فالأول أظهر من جهة اللفظ ، وهذا أظهر من جهة المعنى . ومن الحجة للشافعى ما رواه أبو داود عن الصُّدَائى أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة . فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ اللهَ لَمْ يَرْضَ بِحُكْمِ نَبِيٍّ وَلا غَيْرِهِ فِى الصَّدَقَاتِ حَتَّى حَكَمَ فِيهَا فَجَزَّأَهَا ثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ فَإِنْ كُنْتَ مِنْ تِلْكَ الأَجْزَاءِ أَعْطَيْتُكَ حَقَّكَ » :

(وأما المسئلة الثانية) فهل المؤلفة قلوبهم حقهم باق إلى اليوم أم لا ؟ فقال مالك : لامؤلفة اليوم . وقال الشافعى وأبوحنيفة : بل حق المؤلفة باق إلى اليوم إذا رأى الإمام ذلك ، وهم الذين يتألفهم الإمام على الإسلام : وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبى صلى الله عليه وسلم ، أو عام له ولسائر الأمة ؟ والأظهر أنه عام . وهل يجوز ذلك للإمام فى كل أحواله أو فى حال دون حال؟ أعنى فى حال الضعف لافى حال القوة ، ولذلك قال مالك : لاحاجة إلى المؤلفة الآن لقوة الإسلام ، وهذا كما قلنا التفات منه إلى المصالح .

الفصل الثانى فى الصفة التى تقتضى صرفها إليهم

وأما صفاتهم التى يستوجبون بها الصدقة ويمنعون منها بأضدادها: فأحدها الفقر الذى هو ضد الغنى لقوله تعالى ـ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ واختلفوا فى الغنى الذى تجوز له الصدقة من الذى لاتجوز ، وما مقدار الغنى المحرم للصدقة . فأما الغنى الذى لاتجوز له الصدقة فإن الجمهور على أنه لاتجوز الصدقة للأغنياء بأجمعهم إلا للخمس الذين نص عليهم النبى عليه الصلاة والسلام فى قوله « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ إِلَّا لِخَمْسَةٍ : لِغَازٍ فِى سَبِيلِ اللهِ ، أَوْ لِعَامِلٍ عَلَيْهَا ، أَوْ لِغَارِمٍ ، أَوْ لِرَجُلٍ لَهُ جَارٌ مِسْكِينٌ فَتَصَدَّقَ عَلَى الْمِسْكِينِ فَأَهْدَى الْمِسْكِينُ لِلْغَنِيِّ » وروى عن ابن القاسم أنه لايجوز أخذ الصدقة لغنى أصلا مجاهدا كان أو عاملا ، والذين أجازوها للعامل وإن كان غنيا أجازوها للقضاة ومن فى معناهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين ، ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده هو أن لاتجوز لغنى أصلا . وسبب اختلافهم هو هل العلة فى إيجاب الصدقة للأصناف المذكورين هو الحاجة فقط أو الحاجة والمنفعة العامة ؟ فمن اعتبر ذلك بأهل الحاجة المنصوص عليهم فى الآية قال : الحاجة فقط ؛ ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب أخذ الصدقة اعتبر المنفعة للعامل والحاجة بسائر الأصناف المنصوص عليهم . وأما حد الغنى الذى يمنع من الصدقة فذهب الشافعى إلى أن المانع من الصدقة هو أقل ما ينطلق عليه الاسم . وذهب أبو حنيفة إلى أن الغنى هو مالك النصاب لأنهم الذين سماهم النبى عليه الصلاة والسلام أغنياء لقوله فى حديث معاذ له « فَأَخْبِرْهُمْ أَنَّ اللهَ فَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ » وإذا كان الأغنياء هم الذين هم أهل النصاب وجب أن يكون الفقراء ضدهم . وقال مالك : ليس فى ذلك حد إنما هو راجع إلى الاجتهاد . وسبب اختلافهم هل الغنى المانع هو معنى شرعى أم معنى لغوى ؟ فمن قال معنى شرعى قال : وجود النصاب هو الغنى ؛ ومن قال معنى لغوى اعتبر فى ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم ، فمن رأى أن أقل ما ينطلق عليه الاسم هو محدود فى كل وقت

وفى كل شخص جعل حده هذا ، ومن رأى أنه غير محدود وأن ذلك يختلف باختلاف الحالات والحاجات والأشخاص والأمكنة والأزمنة وغير ذلك قال: هو غير محدود ، وأن ذلك راجع إلى الاجتهاد . وقد روى أبو داود فى حديث الغنى الذى يمنع الصدقة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه ملك خمسين درهما ، وفى أثر آخر أنه ملك أوقية وهى أربعون درهما ، وأحسب أن قوما قالوا بهذه الآثار فى حد الغنى . واختلفوا من هذا الباب فى صفة الفقير والمسكين والفصل الذى بينهما ، فقال قوم : الفقير أحسن حالا من المسكين ، وبه قال البغداديون من أصحاب مالك ؛ وقال آخرون : المسكين أحسن حالا من الفقير ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه والشافعى فى أحد قوليه وفى قوله الثانى أنهما اسمان دالان على معنى واحد ، وإلى هذا ذهب ابن القاسم ، وهذا النظر هو لغوى إن لم تكن له دلالة شرعية . والأشبه عند استقراء اللغة أن يكونا اسمين دالين على معنى واحد يختلف بالأقل والأكثر فى كل واحد منهما لا أن هذا راتب من أحدهما على قدر غير القدر الذى الآخر راتب عليه ، واختلفوا فى قوله تعالى - وفى الرقاب - فقال مالك : هم العبيد يعتقهم الإمام ويكون ولاؤهم للمسلمين ؛ وقال الشافعى وأبوحنيفة : هم المكاتبون وابن السبيل هو عندهم المسافر فى طاعة ينفد زاده فلا يجد ما ينفقه . وبعضهم يشترط فيه أن يكون ابن السبيل جار الصدقة . وأما فى سبيل الله فقال مالك : سبيل الله مواضع الجهاد والرباط وبه قال أبوحنيفة . وقال غيره : الحجاج والعمار . وقال الشافعى : هو الغازى جار الصدقة ، وإنما اشترط جار الصدقة لأن عند أكثرهم أنه لا يجوز تنقيل الصدقة من بلد إلى بلد إلا من ضرورة

الفصل الثالث كم يجب لهم ؟

وأما قدر ما يعطى من ذلك ، أما الغارم فبقدر ما عليه إذا كان دينه فى طاعة وفى غير سرف بل فى أمر ضرورى ، وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله إلى بلده ، ويشبه أن يكون ما يحمله إلى مغزاه عند من جعل ابن السبيل الغازى . واختلفوا فى مقدار ما يعطى المسكين الواحد من الصدقة ، فلم يحد مالك فى ذلك حدا وصرفه إلى الاجتهاد ، وبه قال الشافعى قال : وسواء كان ما يعطى من

ذلك نصابا أو أقل من نصاب . وكره أبو حنيفة أن يعطى أحد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة . وقال الثورى : لا يعطى أحد أكثر من خمسين درهما . وقال الليث : يعطى ما يبتاع به خادما إذا كان ذا عيال وكانت الزكاة كثيرة ، وكان أكثرهم مجمعون على أنه لا يجب أن يعطى عطية يصير بها من الغنى فى مرتبة من لا تجوز له الصدقة ، لأن ما حصل له من ذلك المال فوق القدر الذى هو به من أهل الصدقة صار فى أول مراتب الغنى فهو حرام عليه . وإنما اختلفوا فى ذلك لاختلافهم فى هذا القدر ، فهذه المسئلة كأنها تبنى على معرفة أول مراتب الغنى . وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء أنه إنما يأخذ بقدر عمله ، فهذا ما رأينا أن نثبته فى هذا الكتاب ، وإن تذكرنا شيئا مما يشاكل غرضنا ألحقناه به إن شاء الله تعالى .

كتاب زكاة الفطر

والكلام فى هذا الكتاب يتعلق بفصول : أحدها : فى معرفة حكمها . والثانى : فى معرفة من تجب عليه . والثالث : كم تجب عليه ، ومماذا تجب عليه ؟ . والرابع : متى تجب عليه ؟ . والخامس : من تجوز له ؟ .

الفصل الأول فى معرفة حكمها

فأما زكاة الفطر ، فإن الجمهور على أنها فرض ، وذهب بعض المتأخرين من أصحاب مالك إلى أنها سنة ، وبه قال أهل العراق . وقال قوم : هى منسوخة بالزكاة . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك ، وذلك بأنه ثبت من حديث عبد الله بن عمر أنه قال « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعا من تمر أو صاعا من شعير على كل حر أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين » وظاهر هذا يقتضى الوجوب على مذهب من يقلد الصاحب فى فهم الوجوب أو الندب من أمره عليه الصلاة والسلام إذا لم يحد لنا لفظه ، وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى حديث الأعرابى المشهور « وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال : هل على غيرها ؟ قال : لا إلاَّ أنْ تَطَوَّعَ » فذهب الجمهور إلى أن هذه الزكاة داخلة تحت

الزكاة المفروضة ، وذهب الغير إلى أنها غير داخلة ، واحتجوا في ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عبادة أنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا بها قبل نزول الزكاة ، فلما نزلت آية الزكاة لم نؤمر بها ولم ننه عنها ونحن نفعله » .

الفصل الثانى فيمن تجب عليه وعمن تجب

وأجمعوا على أن المسلمين مخاطبون بها ذكرانا كانوا أو إناثا، صغارا أو كبارا ، عبيدا أو أحرارا لحديث ابن عمر المتقدم إلا ماشذ فيه الليث فقال ؛ ليس على أهل العمود زكاة الفطر ، وإنما هى على أهل القرى ولا حجة له ، وما شذ أيضا من قول من لم يوجبها على اليتيم . وأما عمن تجب ؟ فإنهم اتفقوا على أنها تجب على المرء فى نفسه ، وأنها زكاة بدن لازكاة مال ، وأنها تجب فى ولده الصغار عليه إذا لم يكن لهم مال ، وكذلك فى عبيده إذا لم يكن لهم مال واختلفوا فيما سوى ذلك .

وتلخيص مذهب مالك فى ذلك : أنها تلزم الرجل عمن ألزمه الشرع النفقة عليه ، ووافقه فى ذلك الشافعى . وإنما يختلفان من قبل اختلافهم فيمن تلزم المرء نفقته إذا كان معسرا ومن ليس تلزمه ، وخالفه أبوحنيفة فى الزوجة وقال تؤدى عن نفسها ، وخالفهم أبو ثور فى العبد إذا كان له مال ، فقال : إذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يزك عنه سيده ، وبه قال أهل الظاهر والجمهور على أنه لاتجب على المرء فى أولاده الصغار إذا كان لهم مال زكاة فطر ، وبه قال الشافعى وأبوحنيفة ومالك ، وقال الحسن هى على الأب وإن أعطاها من مال الابن فهو ضامن ، وليس من شرط هذه الزكاة الغنى عند أكثرهم ولانصاب بل أن تكون فضلا عن قوته وقوت عياله . وقال أبوحنيفة وأصحابه : لاتجب على من تجوز له الصدقة ، لأنه لايجتمع أن تجوز له وأن تجب عليه ، وذلك بين والله أعلم : وإنما اتفق الجمهور على أن هذه الزكاة ليست بلازمة لمكلف ، مكلف فى ذاته فقط كالحال فى سائر العبادات ، بل ومن قبل غيره لإيجابها على الصغير والعبيد ، فمن فهم من هذا أن علة الحكم الولاية قال : الولى يلزمه إخراج الصدقة على كل من يليه ، ومن فهم من هذه النفقة قال : المنفق

يجب أن يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع . وإنما عرض هذا الاختلاف لأنه اتفق فى الصغير والعبد ، وهما اللذان نبها على أن هذه الزكاة ليست معلقة بذات المكلف فقط بل ومن قبل غيره إن وجدت الولاية فيها ووجوب النفقة ، فذهب مالك إلى أن العلة فى ذلك وجوب النفقة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن العلة فى ذلك الولاية ، ولذلك اختلفوا فى الزوجة . وقد روى مرفوعا « أَدُّوا زَكَاةَ الفِطْرِ عَنْ كُلِّ مَنْ تَمُونُونَ » ولكنه غير مشهور . واختلفوا من العبيد فى مسائل : إحداها كما قلنا وجوب زكاته على السيد إذا كان له مال ، وذلك مبنى على أنه يملك أولا يملك . والثانية فى العبد الكافر هل يؤدى عنه زكاته أم لا ؟ فقال مالك والشافعى وأحمد : ليس على السيد فى العبد الكافر زكاة ؛ وقال الكوفيون : عليه الزكاة فيه . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى الزيادة الواردة فى ذلك فى حديث ابن عمر ، وهو قوله من المسلمين ، فإنه قد خولف فيها نافع بكون ابن عمر أيضا الذى هو راوى الحديث من مذهبه إخراج الزكاة عن العبيد الكفار . وللخلاف أيضا سبب آخر ، وهو كون الزكاة الواجبة على السيد فى العبد هل هى لمكان أن العبد يكلف أو أنه مال ؟ فمن قال لمكان أنه مكلف اشترط الإسلام ، ومن قال لمكان أنه مال لم يشترطه ، قالوا : ويدل على ذلك إجماع العلماء على أن العبد إذا أعتق ولم يخرج عنه مولاه زكاة الفطر أنه لايلزمه إخراجها عن نفسه بخلاف الكفارات . والثالثة فى المكاتب ، فإن مالكا وأبا ثور قالا : يؤدى عنه سيده زكاة الفطر ، وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد : لازكاة عليه فيه . والسبب فى اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد . والرابعة فى عبيد التجارة ، ذهب مالك والشافعى وأحمد إلى أن على السيد فيهم زكاة الفطر ، وقال أبو حنيفة وغيره : ليس فى عبيد التجارة صدقة . وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم اسم العبد يقتضى وجوب الزكاة فى عبيد التجارة وغيرهم ، وعند أبى حنيفة أن هذا العموم مخصص بالقياس ، وذلك هو اجتماع زكاتين فى مال واحد ، وكذلك اختلفوا فى عبيد العبيد وفروع هذا الباب كثيرة .

الفصل الثالث مماذا تجب ؟

وأما مماذا تجب ؟ فإن قوما ذهبوا إلى أنها تجب إما من البر أو من التمر أو من الشعير أو الزبيب أوالاقط ، وأن ذلك على التخيير للذى تجب عليه ، وقوم ذهبوا إلى أن الواجب عليه هوغالب قوت البلد أو قوت المكلف إذا لم يقدر على قوت البلد ، وهو الذى حكاه عبد الوهاب عن المذهب ؛ والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم حديث أبى سعيد الخدرى أنه قال «كنا نخرج زكاة الفطر فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من أقط أو صاعا من تمر » فمن فهم من هذا الحديث التخيير قال : أىّ أخرج من هذا أجزأ عنه ، ومن فهم منه أن اختلاف المخرج ليس سببه الإباحة وإنما سببه اعتبار قوت المخرج أو قوت غالب البلد قال : بالقول الثانى . وأما كم يجب ؟ فإن العلماء اتفقوا على أنه لايؤدى فى زكاة الفطر من التمر والشعير أقل من صاع لثبوت ذلك فى حديث ابن عمر ، واختلفوا فى قدر ما يؤدى من القمح ، فقال مالك والشافعى : لايجزى منه أقل من صاع ، وقال أبوحنيفة وأصحابه : يجزى من البر نصف صاع . والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار ، وذلك أنه جاء فى حديث أبى سعيد الخدرى أنه قال : «كنا نخرج زكاة الفطر فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من أقط أو صاعا من تمر أو صاعا من زبيب» وظاهره أنه أراد بالطعام القمح . وروى الزهرى أيضا عن أبى سعيد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فى صَدَقَةِ الفِطْرِ صَاعامِنْ بُرٍّ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَوْ صاعا مِنْ شَعِيرٍ أَوْ تَمْرٍ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ » خرجه أبوداود : وروى عن ابن المسيب أنه قال « كانت صدقة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من حنطة أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر » فمن أخذ بهذه الأحاديث قال : نصف صاع من البر ، ومن أخذ بظاهر حديث أبى سعيد وقاس البر فى ذلك على الشعير سوّى بينهما فى الوجوب .

الفصل الرابع متى تجب زكاة الفطر ؟

وأما متى يجب إخراج زكاة الفطر ؟ فإنهم اتفقوا على أنها تجب فى آخر رمضان لحديث ابن عمر « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان » واختلفوا فى تحديد الوقت ، فقال مالك فى رواية ابن القاسم عنه: تجب بطلوع الفجر من يوم الفطر. وروى عنه أشهب أنها تجب بغروب الشمس من آخر يوم رمضان ، وبالأول قال أبوحنيفة ، وبالثانى قال الشافعى . وسبب اختلافهم ، هل هى عبادة متعلقة بيوم العيد: أو بخروج شهر رمضان ؟ لأن ليلة العيد ليست من شهر رمضان ، وفائدة هذا الاختلاف فى المولود يولد قبل الفجر من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه أم لاتجب ؟ .

الفصل الخامس فى معرفتها

وأما لمن تصرف فأجمعوا على أنها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام « اغْنُوهُمْ عَن السُّؤَالِ فى هَذَا اليَوْمِ .» واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة ، والجمهور على أنها لاتجوز لهم ، وقال أبوحنيفة : تجوز لهم . وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقرفقط ، أو الفقر والإسلام معا ؟ فمن قال الفقر والإسلام لم يجزها للذميين ، ومن قال الفقر فقط أجازها لهم ، واشترط قوم فى أهل الذمة الذين تجوزلهم أن يكونوا رهبانا ، وأجمع المسلمون على أن زكاة الأموال لاتجوز لأهل الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام: « صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد إلى فقرائهم » .

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما

كتاب الصيام

وهذا الكتاب ينقسم أولا قسمين : أحدهما فى الصوم الواجب ، والآخر فى المندوب إليه . والنظر فى الصوم الواجب ينقسم إلى قسمين : أحدهما فى الصوم والآخر فى الفطر. أما القسم الأول وهو الصيام فإنه ينقسم أولا إلى جملتين : إحداهما معرفة أنواع الصيام الواجب ، والأخرى معرفة أركانه . وأما القسم الذى

يتضمن النظر فى الفطر فإنه ينقسم إلى معرفة المفطرات وإلى معرفة المفطرين وأحكامهم . فلنبدأ بالقسم الأول من هذا الكتاب ، وبالجملة الأولى منه ، وهى معرفة أنواع الصيام فنقول : إن الصوم الشرعى منه واجب ، ومنه مندوب إليه . والواجب ثلاثة أقسام : منه ما يجب للزمان نفسه ، وهو صوم شهر رمضان بعينه . ومنه مايجب لعلة ، وهو صيام الكفارات . ومنه ما يجب بإيجاب الإنسان ذلك على نفسه ، وهو صيام النذر . والذى يتضمن هذا الكتاب القول فيه من أنواع هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط . وأما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التى تجب منها الكفارة ، وكذلك صوم النذر ويذكر فى كتاب النذر .

(فأما صوم شهر رمضان) فهو واجب بالكتاب والسنة والإجماع . فأما الكتاب فقوله تعالى - كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ - . وأما السنة ففى قوله عليه الصلاة والسلام « بُنِيَ الإِسْلامُ عَلَى خَمْسٍ ، وذكر فيها الصَّوْمَ » وقوله للأعرابى « وَصِيامُ شَهْرِ رَمَضَانَ » قال : هل علىّ غيرها ؟ قال : لا إلاّ أنْ تَطَوَّعَ . وأما الإجماع فإنه لم ينقل إلينا خلاف عن أحد من الأئمة فى ذلك . وأما على من يجب وجوبا غير مخير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح إذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهى الحيض للنساء ، هذا لاخلاف فيه لقوله تعالى - فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ - .

(الجملة الثانية : فى الأركان) والأركان ثلاثة : اثنان متفق عليهما ، وهما الزمان والإمساك عن المفطرات . والثالث مختلف فيه وهو النية . فأما الركن الأول الذى هو الزمان ، فإنه ينقسم إلى قسمين : أحدهما زمان الوجوب ، وهو شهر رمضان . والآخر زمان الإمساك عن المفطرات ، وهو أيام هذا الشهر دون الليالى ، ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين مسائل قواعد اختلفوا فيها ، فلنبدأ بما يتعلق من ذلك بزمان الوجوب ، وأول ذلك فى تحديد طرفى هذا الزمان . وثانيا فى معرفة الطريق التى بها يتوصل إلى معرفة العلامة المحدودة فى حق شخص شخص وأفق أفق . فأما طرفا هذا الزمان ، فان العلماء أجمعوا

على أن الشهر العربى يكون تسعا وعشرين ويكون ثلاثين وعلى أن الاعتبار فى تحديد شهر رمضان إنما هو الرؤية ، لقوله عليه الصلاة والسلام « صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وأفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ » وعنى بالرؤية أول ظهور القمر بعد السرار. واختلفوا فى الحكم إذا غم الشهر ولم تمكن الرؤية وفى وقت الرؤية المعتبر . فأما اختلافهم إذا غم الهلال ، فإن الجمهور يرون أن الحكم فى ذلك أن تكمل العدة ثلاثين ، فإن كان الذى غم هلال أول الشهر عد الشهر الذى قبله ثلاثين يوما ، وكان أول رمضان الحادى والثلاثين ، وإن كان الذى غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوما . وذهب ابن عمر إلى أنه إن كان المغمى عليه هلال أول الشهر صيم اليوم الثانى وهو الذى يعرف بيوم الشك . وروى عن بعض السلف أنه إذا أغمى الهلال رجع إلى الحساب بمسير القمر والشمس ، وهو مذهب مطرّف بن الشخير وهو من كبار التابعين . وحكى ابن سريج عن الشافعى أنه قال : من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنازل القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال أن الهلال مرئى وقد غم ، فإن له أن يعقد الصوم ويجزيه . وسبب اختلافهم الإجمال الذى فى قوله صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإنْ غُمَّ عليكُمْ فاقْدُرُوا لَهُ » فذهب الجمهور إلى أن تأويله أكملوا العدة ثلاثين . ومنهم من رأى أن معنى التقدير له هو عده بالحساب . ومنهم من رأى أن معنى ذلك أن يصبح المرء صائما ، وهو مذهب ابن عمر كما ذكرنا وفيه بعد فى اللفظ . وإنما صار الجمهور إلى هذا التأويل لحديث ابن عباس الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام « فإنْ غُمَّ عَلَيكُمْ فأكمِلُوا العِدَّةَ ثَلاثِينَ » وذلك مجمل وهذا مفسر ، فوجب أن يحمل المجمل على المفسر ، وهى طريقة لا خلاف فيها بين الأصوليين ، فإنهم ليس عندهم بين المجمل والمفسر تعارض أصلا ، فمذهب الجمهور فى هذا لائح والله أعلم . وأما اختلافهم فى اعتبار وقت الرؤية فإنهم اتفقوا على أنه إذا رؤى من العشى أن الشهر من اليوم الثانى ، واختلفوا إذا رؤى فى سائر أوقات النهار أعنى أول ما رؤى ، فمذهب الجمهور أن القمر فى أول وقت رؤى من النهار أنه لليوم المستقبل كحكم رؤيته بالعشى ، وبهذا القول قال مالك والشافعى

وأبو حنيفة وجمهور أصحابهم . وقال أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة والثورى وابن حبيب من أصحاب مالك : إذا رؤى الهلال قبل الزوال فهو لليلة الماضية وإن رؤى بعد الزوال فهو للآتية . وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فيما سبيله التجربة والرجوع إلى الأخبار فى ذلك ، وليس فى ذلك أثر عن النبى عليه الصلاة والسلام يرجع إليه ، لكن روى عن عمر رضى الله عنه أثران : أحدهما عام والآخر مفسر ، فذهب قوم إلى العام وذهب قوم إلى المفسر . فأما العام فما رواه الأعمش عن أبى وائل شقيق بن سلمة قال : أتانا كتاب عمر ونحن بخانقين أن الأهلة بعضها أكبر من بعض ، فإذا رأيتم الهلال نهارا فلا تفطروا حتى يشهد رجلان أنهما رأياه بالأمس . وأما الخاص فما روى الثورى عنه أنه بلغ عمر بن الخطاب أن قوما رأوا الهلال بعد الزوال فأفطروا ، فكتب إليهم يلومهم وقال : إذا رأيتم الهلال نهارا قبل الزوال فأفطروا ، وإذا رأيتموه بعد الزوال فلا تفطروا . قال القاضى : الذى يقتضى القياس والتجربة أن القمر لا يرى والشمس بعد لم تغب إلا وهو بعيد منها ، لأنه حينئذ يكون أكبر من قوس الرؤية ، وإن كان يختلف فى الكبر والصغر فبعيد والله أعلم أن يبلغ من الكبر أن يرى والشمس بعد لم تغب ، ولكن المعتمد فى ذلك التجربة كما قلنا ولا فرق فى ذلك قبل الزوال ولا بعده ، وإنما المعتبر فى ذلك مغيب الشمس أو لا مغيبها . وأما اختلافهم فى حصول العلم بالرؤية فإن له طريقين : أحدهما الحس والآخر الخبر ، فأما طريق الحس فإن العلماء أجمعوا على أن من أبصر هلال الصوم وحده أن عليه أن يصوم ، إلا عطاء بن أبى رباح فإنه قال : لا يصوم إلا برؤية غيره معه ؛ واختلفوا هل يفطر برؤيته وحده ؟ فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى أنه لا يفطر . وقال الشافعى : يفطر ، وبه قال أبو ثور ، وهذا لا معنى له ، فإن النبى عليه الصلاة والسلام قد أوجب الصوم والفطر للرؤية ، والرؤية إنما تكون بالحس ، ولولا الإجماع على الصيام بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب الصيام بالخبر لظاهر هذا الحديث ، وإنما فرق من فرق بين هلال الصوم والفطر لمكان سد الذريعة أن لا يدعى الفساق أنهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه ، ولذلك قال الشافعى : إن خاف التهمة أمسك عن الأكل والشرب واعتقد الفطر . وشذ مالك فقال : من أفطر وقد

رأى الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة . وقال أبو حنيفة : عليه القضاء فقط .
وأما طريق الخبر فإنهم اختلفوا فى عدد المخبرين الذين يجب قبول خبرهم عن الرؤية وفى صفتهم . فأما مالك فقال : إنه لايجوز أن يصام ولا يفطر بأقل من شهادة رجلين عدلين . وقال الشافعى فى رواية المزنى : إنه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ، ولا يفطر بأقل من شهادة رجلين . وقال أبو حنيفة : إن كانت السماء مغيمة قبل واحد ، وإن كانت صاحية بمصر كبير لم تقبل إلا شهادة الجم الغفير . وروى عنه أنه تقبل شهادة عدلين إذا كانت السماء مصحية . وقد روى عن مالك أنه لاتقبل شهادة الشاهدين إلا إذا كانت السماء مغيمة . وأجمعوا على أنه لايقبل فى الفطر إلا اثنان ، إلا أبا ثور فإنه لم يفرق فى ذلك بين الصوم والفطر كما فرق الشافعى . وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب ، وتردد الخبر فى ذلك بين أن يكون من باب الشهادة أو من باب العمل بالأحاديث التى لايشترط فيها العدد . أما الآثار فمن ذلك ما خرجه أبو داود عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب أنه خطب الناس فى اليوم الذى يشك فيه فقال : إنى جالست أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألتهم وكلهم حدثونى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وأفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ ، فإنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فَأَتِمُّوا ثَلاثِينَ ، فإنْ شَهِدَ شاهِدَانِ فَصُومُوا وأفْطِرُوا » ومنها حديث ابن عباس أنه قال « جاء أعرابى إلى النبى صلى الله عليه وسلم : فقال أبصرتُ الهلال الليلة ، فقال : أتَشْهَدُ أنْ لا إلهَ إلاَّ اللهُ وأنَّ مُحَمَّداً عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ؟ قال : نعم : قال : يابِلالُ أذِّن فى النَّاس فَلْيَصُومُوا غَداً » خرجه الترمذى قال : وفى إسناده خلاف لأنه رواه جماعة مرسلا . ومنها حديث ربعى بن خراش خرجه أبو داود عن ربعى بن خراش عن رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كان الناس فى آخر يوم من رمضان فقام أعرابيان فشهدا عند النبى صلى الله عليه وسلم لأهل الهلال أمس عشية . فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس أن يفطروا وأن يعودوا إلى المصلى » فذهب الناس فى هذه الآثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع ، فالشافعى جمع بين حديث ابن عباس وحديث ربعى بن خراش على ظاهرهما ،

فأوجب الصوم بشهادة واحد والفطر باثنين ، ومالك رجح حديث عبد الرحمن ابن زيد لمكان القياس : أعنى تشبيه ذلك بالشهادة فى الحقوق ، ويشبه أن يكون أبو ثور لم ير تعارضا بين حديث ابن عباس وحديث ربعى بن خراش ، وذلك أن الذى فى حديث ربعى بن خراش أنه قضى بشهادة اثنين ، وفى حديث ابن عباس أنه قضى بشهادة واحد ، وذلك مما يدل على جواز الأمرين جميعا ، لا أن ذلك تعارض ، ولا أن القضاء الأول مختص بالصوم والثانى بالفطر ، فإن القول بهذا إنما ينبنى على توهم التعارض ، وكذلك يشبه أن لا يكون تعارض بين حديث عبد الرحمن بن زيد وبين حديث ابن عباس إلا بدليل الخطاب ، وهو ضعيف إذا عارضه النص ، فقد نرى أن قول أبى ثور على شذوذه هو أبين ، مع أن تشبيه الرائى بالراوى هو أمثل من تشبيهه بالشاهد ، لأن الشهادة إما أن يقول إن اشتراط العدد فيها عبادة غير معللة فلا يجوز أن يقيس عليها ، وإما أن يقول إن اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذى فى الحقوق ، والشبهة التى تعرض من قبل قول أحد الخصمين فاشترط فيها العدد وليكون الظن أغلب والميل إلى حجة أحد الخصمين أقوى ، ولم يتعد بذلك الاثنين لئلا يعسر قيام الشهادة فتبطل الحقوق ، وليس فى رؤية القمر شبهة من مخالف توجب الاستظهار بالعدد ، ويشبه أن يكون الشافعى إنما فرق بين هلال الفطر وهلال الصوم للتهمة التى تعرض للناس فى هلال الفطر ولا تعرض فى هلال الصوم ، ومذهب أبى بكر بن المنذر هو مذهب أبى ثور أحسبه هو مذهب أهل الظاهر وقد احتج أبو بكر بن المنذر لهذا الحديث بانعقاد الإجماع على وجوب الفطر والإمساك عن الأكل بقول واحد ، فوجب أن يكون الأمر كذلك فى دخول الشهر وخروجه ، إذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان الصوم ، وإذا قلنا إن الرؤية تثبت بالخبر فى حق من لم يره فهل يتعدى ذلك من بلد إلى بلد ؟ أعنى هل يجب على أهل بلد مَّا إذا لم يروه أن يأخذوا فى ذلك برؤية بلد آخر أم لكل بلد رؤية ؟ فيه خلاف ، فأما مالك فإن ابن القاسم والمصريين رووا عنه أنه إذا ثبت عند أهل بلد أن أهل بلد آخر رأوا الهلال أن عليهم قضاء ذلك اليوم الذى أفطروه وصامه غيرهم ، وبه قال الشافعى وأحمد . وروى المدنيون عن مالك أن الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير أهل البلد الذى وقعت فيه الرؤية ،

إلا أن يكون الإمام يحمل الناس على ذلك ، وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من أصحاب مالك ، وأجمعوا أنه لايراعى ذلك فى البلدان النائية كالأندلس والحجاز . والسبب فى هذا الخلاف تعارض الأثر والنظر . أما النظر فهو أن البلاد إذا لم تختلف مطالعها كل الاختلاف فيجب أن يحمل بعضها على بعض لأنها فى قياس الأفق الواحد . وأما إذا اختلفت اختلافا كثيرا فليس يجب أن يحمل بعضها على بعض . وأما الأثر فما رواه مسلم عن كريب أن أم الفضل بنت الحرث بعثته إلى معاوية بالشام فقال : قدمت الشام فقضيت حاجتها ، واستهل على رمضان وأنا بالشام ، فرأيت الهلال ليلة الجمعة ، ثم قدمت المدينة فى آخر الشهر فسألنى عبد الله بن عباس ، ثم ذكر الهلال فقال : متى رأيتم الهلال ؟ فقلت : رأيته ليلة الجمعة ، فقال : أنت رأيته ؟ فقلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية قال : لكنا رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوما أو نراه ، فقلت : ألا تكتفى برؤية معاوية ؟ فقال لا ، هكذا أمرنا النبى عليه الصلاة والسلام ، فظاهر هذا الأثر يقتضى أن لكل بلد رؤيته قرب أو بعد ، والنظر يعطى الفرق بين البلاد النائية والقريبة ، وبخاصة ما كان نأيه فى الطول والعرض كثيرا ، وإذا بلغ الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيه إلى شهادة ، فهذه هى المسائل التى تتعلق بزمان الوجوب . وأما التى تتعلق بزمان الإمساك فإنهم اتفقوا على أن آخره غيبوبة الشمس لقوله تعالى ـ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ـ واختلفوا فى أوله ، فقال الجمهور هو طلوع الفجر الثانى المستطير الأبيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أعنى حده بالمستطير ولظاهر قوله تعالى ـ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ ـ الآية . وشذت فرقة فقالوا : هو الفجر الأحمر الذى يكون بعد الأبيض وهو نظير الشفق الأحمر ، وهو مروى عن حذيفة وابن مسعود . وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الآثار فى ذلك واشتراك اسم الفجر ، أعنى أنه يقال على الأبيض والأحمر . وأما الآثار التى احتجوا بها فمنها حديث زرّ عن حذيفة قال « تسحرت مع النبى صلى الله عليه وسلم ولو أشاء أن أقول هو النهار إلا أن الشمس لم تطلع » وخرج أبوداود عن قيس بن طلق عن أبيه أنه عليه الصلاة والسلام قال :

كلُوا واشْرَبُوا ولا يُهيدَنّكُمُ[١] السَّاطِعُ المُصَّعَدُ فكُلُوا واشْرَبُوا حَتَّى يَعْتَرِضَ لَكُمُ الأحْمَرُ » قال أبوداود : هذا ما تفرد به أهل اليمامة وهذا شذوذ ، فإن قوله تعالى ـ حتى يتبين لكم الخيط الأبيض ـ نص فى ذلك أوكالنص ، والذين رأوا أنه الفجر الأبيض المستطير وهم الجمهور والمعتمد اختلفوا فى الحد المحرم للأكل فقال قوم : هو طلوع الفجر نفسه . وقال قوم هو تبينه عند الناظر إليه ومن لم يتبينه ، فالأكل مباح له حتى يتبينه وإن كان قد طلع ، وفائدة الفرق أنه إذا انكشف أن ماظن من أنه لم يطلع ؛ كان قد طلع . فمن كان الحد عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء ، ومن قال : هو العلم الحاصل به لم يوجب عليه قضاء . وسبب الاختلاف فى ذلك الاحتمال الذى فى قوله تعالى ـ وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ـ هل على الإمساك بالتبيين نفسه أو بالشىء المتبين ؟ لأن العرب تتجوز فتستعمل لاحق الشىء بدل الشىء على وجه الاستعارة فكأنه قال تعالى ـ وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود ـ لأنه إذا تبين فى نفسه تبين لنا ، فإذاً إضافة التبيين لنا هى التى أوقعت الخلاف ، لأنه قد يتبين فى نفسه ويتميز ولايتبين لنا ، وظاهر اللفظ يوجب تعلق الإمساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه بالطلوع نفسه ، أعنى قياسا على الغروب وعلى سائر حدود الأوقات الشرعية كالزوال وغيره ، فإن الاعتبار فى جميعها فى الشرع هو بالأمر نفسه لابالعلم المتعلق به ، والمشهور عن مالك وعليه الجمهور أن الأكل يجوز أن يتصل بالطلوع ، وقيل بل يجب الإمساك قبل الطلوع . والحجة للقول الأول ما فى كتاب البخارى أظنه فى بعض رواياته قال النبى صلى الله عليه وسلم « وَكُلُوا واشْرَبُوا حَتَّى يُنادىَ ابْنُ أمّ مَكْتُومٍ فإنَّهُ لايُنادِى حَتَّى يَطْلُعَ الفَجْرُ » وهو نص فى موضع الخلاف أو كالنص والموافق لظاهر قوله تعالى ـ كلوا واشربوا ـ الآية . ومن ذهب إلى أنه يجب الإمساك قبل الفجر فجريا على الاحتياط وسدا للذريعة ، وهو أورع القولين والأول أقيس والله أعلم .

---

(١) هكذا بالنسخة المصرية ، وبالنسخة المغربية : ولا يهمز نكم ، فتأمل .

الركن الثانى وهو الإمساك

وأجمعوا على أنه يجب على الصائم الإمساك زمان الصوم عن المطعوم والمشروب والجماع لقوله تعالى - فالآنَ باشِرُوهُنَّ وابْتَغُوا ما كَتَبَ اللهُ لَكُمْ وَكُلُوا واشْرَبُوا حتّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الخَيْطُ الأبْيَضُ مِنَ الخَيْطِ الأسْوَدِ مِنَ الفَجْرِ - واختلفوا من ذلك فى مسائل منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها . أما المسكوت عنها : إحداها فيما يرد الجوف مما ليس بمغذ وفيما يرد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب مثل الحقنة ، وفيما يرد باطن سائر الأعضاء ولا يرد الجوف مثل أن يرد الدماغ ولا يرد المعدة . وسبب اختلافهم فى هذه هو قياس المغذى على غير المغذى ، وذلك أن المنطوق به إنما هو المغذى ، فمن رأى أن المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المغذى بغير المغذى ، ومن رأى أنها عبادة غير معقولة ، وأن المقصود منها إنما هو الإمساك فقط عما يرد الجوف سوَّى بين المغذى وغير المغذى ، وتحصيل مذهب مالك أنه يجب الإمساك عما يصل إلى الحلق من أى المنافذ وصل مغذيا كان أو غير مغذ . وأما ما عدا المأكول والمشروب من المفطرات فكلهم يقولون إن من قبل فأمنى فقد أفطر وإن أمذى فلم يفطر إلا مالك . واختلفوا فى القبلة للصائم ، فمنهم من أجازها ، ومنهم من كرهها للشاب وأجازها للشيخ ومنهم من كرهها على الإطلاق ، فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة وأم سلمة « أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم » ومن كرهها فلما يدعو إليه من الوقاع . وشذ قوم فقالوا : القبلة تفطر ، واحتجوا لذلك بما روى عن ميمونة بنت سعد قالت « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال « أفْطَرَا جميعا » خرّج هذا الأثر الطحاوى ولكن ضعفه . وأما ما يقع من هذه من قبل الغلبة ومن قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام فى المفطرات وأحكامها . وأما ما اختلفوا فيه مما هو منطوق به فالحجامة والقئ . أما الحجامة فإن فيها ثلاثة مذاهب : قوم قالوا : إنها تفطر وأن الإمساك عنها واجب ، وبه قال أحمد وداود والأوزاعى وإسحاق بن راهويه .

وقوم قالوا : إنها مكروهة للصائم وليست تفطر ، وبه قال مالك والشافعى والثورى . وقوم قالوا : إنها غير مكروهة ولا مفطرة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة فى ذلك ، وذلك أنه ورد فى ذلك حديثان : أحدهما ما روى من طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه عليه الصلاة والسلام قال « أَفْطَرَ الحاجِمُ والمَحْجُومُ » وحديث ثوبان هذا كان يصححه أحمد . والحديث الثانى حديث عكرمة عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم » وحديث ابن عباس هذا صحيح ؛ فذهب العلماء فى هذين الحديثين ثلاثة مذاهب : أحدها مذهب الترجيح . والثانى مذهب الجمعة . والثالث مذهب الإسقاط عند التعارض والرجوع إلى البراءة الأصلية إذا لم يعلم الناسخ من المنسوخ ، فمن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان ؛ وذلك أن هذا موجب حكما ، وحديث ابن عباس رافعه ، والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرافع ؛ لأن الحكم إذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع إلا بطريق يوجب العمل برفعه ، وحديث ثوبان قد وجب العمل به ، وحديث ابن عباس يحتمل أن يكون ناسخا ويحتمل أن يكون منسوخا ، وذلك شك والشك لا يوجب عملا ولا يرفع العلم الموجب للعمل ، وهذا على طريقة من لا يرى الشك مؤثرا فى العلم ، ومن رام الجمع بينهما حمل حديث النهى على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الحظر ، ومن أسقطهما للتعارض قال بإباحة الاحتجام للصائم . وأما القىء فإن جمهور الفقهاء على أن من ذرعه القىء فليس بمفطر ، إلا ربيعة فإنه قال إنه مفطر ، وجمهورهم أيضا على أن من استقاء فقاء فإنه مفطر إلا طاوس . وسبب اختلافهم ما يتوهم من التعارض بين الأحاديث الواردة فى هذه المسئلة واختلافهم أيضا فى تصحيحها ، وذلك أنه ورد فى هذا الباب حديثان أحدهما حديث أبى الدرداء « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر » قال معدان : فلقيت ثوبان فى مسجد دمشق فقلت له إن أبا الدرداء حدثنى « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر ، قال : صدق أنا صببت له وضوءه » وحديث ثوبان هذا صححه الترمذى . والآخر حديث أبى هريرة خرجه الترمذى وأبو داود أيضا أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « مَنْ

ذَرَعَهُ الْقَيْءُ وَهُوَ صَائِمٌ فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءٌ . وإن اسْتَقَاءَ فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ » وروى موقوفا عن ابن عمر ؛ فمن لم يصح عنده الأثران كلاهما قال : ليس فيه فطر أصلا ، ومن أخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث أبى هريرة أوجب الفطر من القىء بإطلاق ، ولم يفرق بين أن يستقىء أو لايستقىء ؛ ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديث أبى هريرة مفسر والواجب حمل المجمل على المفسر فرق بين القىء والاستقاءة ، وهو الذى عليه الجمهور .

الركن الثالث وهو النية

والنظر فى النية فى مواضع منها هل هى شرط فى صحة هذه العبادة أم ليست بشرط ؟ وإن كانت شرطا فما الذى يجزى من تعيينها ؟ وهل يجب تجديدها فى كل يوم من أيام رمضان أم يكفى فى ذلك النية الواقعة فى اليوم الأول ؟ وإذا أوقعها المكلف فأى وقت إذا وقعت فيه صح الصوم ؟ وإذا لم تقع فيه بطل الصوم ؟ وهل رفض النية يوجب الفطر وإن لم يفطر ؟ وكل هذه المطالب قد اختلف العلماء فيها . أما كون النية شرطا فى صحة الصيام فإنه قول الجمهور ؛ وشذ زفر فقال : لايحتاج رمضان إلى نية إلا أن يكون الذى يدركه صيام شهر رمضان مريضا أو مسافرا فيريد الصوم . والسبب فى اختلافهم الاحتمال المتطرق إلى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى أو غير معقولة المعنى ؟ فمن رأى أنها غير معقولة المعنى أوجب النية ، ومن رأى أنها معقولة المعنى قال : قد حصل المعنى إذا صام وإن لم ينو ، لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين أنواع الصوم فيه ضعف ، وكأنه لما رأى أن أيام رمضان لايجوز فيها الفطر ، أى أن كل صوم يقع فيها ينقلب صوما شرعيا ، وأن هذا شىء يخص هذه الأيام . وأما اختلافهم فى تعيين النية المجزية فى ذلك فإن مالكا قال : لابد فى ذلك من تعيين صوم رمضان ، ولا يكفيه اعتقاد الصوم مطلقا ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان . وقال أبو حنيفة : إن اعتقد مطلق الصوم أجزأه ، وكذلك إن نوى فيه صيام غير رمضان أجزأه وانقلب إلى صيام رمضان إلا أن يكون مسافرا ،

فإنه إذا نوى المسافر عنده فى رمضان صيام غير رمضان كان مانوى ، لأنه لم يجب عليه صوم رمضان وجوبا معينا ، ولم يفرق صاحباه بين المسافر والحضر وقالا : كل صوم نوى فى رمضان انقلب إلى رمضان . وسبب اختلافهم هل الكافى فى تعيين النية فى هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة أو تعيين شخصها ، وذلك أن كلا الأمرين موجود فى الشرع ، مثال ذلك أن النية فى الوضوء يكفى منها اعتقاد رفع الحدث لأى شىء كان من العبادة التى الوضوء شرط فى صحتها ، وليس يختص عبادة عبادة بوضوء وضوء . وأما الصلاة فلا بد فيها من تعيين شخص العبادة ، فلا بد من تعيين الصلاة إن عصرا فعصرا ، وإن ظهرا فظهرا ، وهذا كله على المشهور عند العلماء ، فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسين ، فمن ألحقه بالجنس الواحد قال : يكفى فى ذلك اعتقاد الصوم فقط ، ومن ألحقه بالجنس الثانى اشترط تعيين الصوم . واختلافهم أيضا فى إذا نوى فى أيام رمضان صوما آخر هل ينقلب أو لا ينقلب ؟ سببه أيضا أن من العبادة عندهم من ينقلب من قبل أن الوقت الذى توقع فيه مختص بالعبادة التى تنقلب إليه ، ومنها ماليس ينقلب ، أما التى لا تنقلب فأكثرها ، وأما التى تنقلب باتفاق فالحج . وذلك أنهم قالوا إذا ابتدأ الحج تطوعا من وجب عليه الحج انقلب التطوع إلى الفرض ، ولم يقولوا ذلك فى الصلاة ولا فى غيرها ، فمن شبه الصوم بالحج قال ينقلب ومن شبهه بغيره من العبادات قال لا ينقلب . وأما اختلافهم فى وقت النية ، فإن مالكا رأى أنه لا يجزى الصيام إلا بنية قبل الفجر ، وذلك فى جميع أنواع الصوم ؛ وقال الشافعى : تجزى النية بعد الفجر فى النافلة ولا تجزى فى الفروض . وقال أبو حنيفة : تجزى النية بعد الفجر فى الصيام المتعلق وجوبه بوقت معين مثل رمضان ونذر أيام محدودة ، وكذلك فى النافلة ، ولا يجزى فى الواجب فى الذمة . والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك ؛ أما الآثار المتعارضة فى ذلك ، فأحدها ما خرجه البخارى عن حفصة أنه قال عليه الصلاة والسلام « مَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ فَلَا صِيَامَ لَهُ » ورواه مالك موقوفا قال أبو عمر : حديث حفصة فى إسناده اضطراب . والثانى ماوراه مسلم عن

عائشة قالت « قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم : يَاعائشة هَلْ عِنْدَكُمْ شَيْءٌ ؟ قالت : قلت يارسول الله ما عندنا شىء ، قال فإِنِّى صَائِمٌ » ولحديث معاوية أنه قال على المنبر : يا أهل المدينة أين علماؤكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اليَوْمَ هَذَا يَوْمُ عاشُورَاءَ وَلَمْ يُكْتَبْ عَلَيْنا صِيامُهُ وأنا صَائِمٌ فَمَنْ شاءَ مِنْكُمْ فَلْيَصُمْ وَمَنْ شاءَ فَلْيُفْطِرْ » فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بحديث حفصة ، ومن ذهب مذهب الجمع فرّق بين النفل والفرض ، أعنى حمل حديث حفصة على الفرض ، وحديث عائشة ومعاوية على النفل ، وإنما فرق أبوحنيفة بين الواجب المعين والواجب فى الذمة ، لأن الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية فى التعيين ، والذى فى الذمة ليس له وقت مخصوص ، فأوجب أن التعيين بالنية ؛ وجمهور الفقهاء على أنه ليست الطهارة من الجنابة شرطا فى صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وأم سلمة زوجى النبى صلى الله عليه وسلم أنهما قالتا « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنبا من جماع غير احتلام فى رمضان ثم يصوم » ومن الحجة لهما الإجماع على أن الاحتلام بالنهار لايفسد الصوم . وروى عن إبراهيم النخعى وعروة ابن الزبير وطاوس أنه إن تعمد ذلك أفسدصومه . وسبب اختلافهم ما روى عن أبى هريرة أنه كان يقول « مَنْ أَصْبَحَ جُنُبًا فى رَمَضَان أَفْطَرَ » وروى عنه أنه قال : ما أنا قلته ، محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة . وذهب ابن الماجشون من أصحاب مالك أن الحائض إذا طهرت قبل الفجر فأخرت الغسل أن يومها يوم فطر ، وأقاويل هؤلاء شاذة ومردودة بالسنن المشهورة الثابتة .

القسم الثانى من الصوم المفروض

وهو الكلام فى الفطر وأحكامه : والمفطرون فى الشرع على ثلاثة أقسام : صنف يجوز له الفطر والصوم بإجماع . وصنف يجب عليه الفطر على اختلاف فى ذلك بين المسلمين . وصنف لايجوز له الفطر ، وكل واحد من هؤلاء

تتعلق به أحكام . أما الذين يجوز لهما الأمران . فالمريض باتفاق ، والمسافر باختلاف ، والحامل والمرضع والشيخ الكبير . وهذا التقسيم كله مجمع عليه . فأما المسافر فالنظر فيه فى مواضع منها : هل إن صام أجزأه صومه أم ليس يجزيه ؟ وهل إن كان يجزى المسافر صومه الأفضل له الصوم أو الفطر أو هو مخير بينهما ؟ وهل الفطر الجائز له هو فى سفر محدود أم فى كل ما ينطلق عليه اسم السفر فى وضع اللغة ؟ ومتى يفطر المسافر ؟ ومتى يمسك ؟ وهل إذا مر بعض الشهر له أن ينشئ السفر أم لا ؟ ثم إذا أفطر ما حكمه ؟ . وأما المريض فالنظر فيه أيضا فى تحديد المرض الذى يجوز له فيه الفطر وفى حكم الفطر .

(أما المسئلة الأولى) وهى إن صام المريض والمسافر هل يجزيه صومه عن فرضه أم لا ؟ فإنهم اختلفوا فى ذلك . فذهب الجمهور إلى أنه إن صام وقع صيامه وأجزأه . وذهب أهل الظاهر إلى أنه لا يجزيه وأن فرضه هو أيام أخر . والسبب فى اختلافهم تردد قوله تعالى ـ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ـ بين أن يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف أصلا . أو يحمل على المجاز فيكون التقدير فأفطر فعدة من أيام أخر ، وهذا الحذف فى الكلام هو الذى يعرفه أهل صناعة الكلام بلحن الخطاب ، فمن حمل الآية على الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال : إن فرض المسافر عدة من أيام أخر لقوله تعالى ـ فعدة من أيام أخر ـ ومن قدر فأفطر قال : إنما فرضه عدة من أيام أخر إذا أفطر . وكلا الفريقين يرجح تأويله بالآثار الشاهدة لكلا المفهومين . وإن كان الأصل هو أن يحمل الشىء على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز . أما الجمهور فيحتجون لمذهبهم بما ثبت من حديث أنس قال « سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم » وبما ثبت عنه أيضا أنه قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم . وأهل الظاهر يحتجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى مكة عام الفتح فى رمضان . فصام حتى بلغ الكديد ثم

أفطر فأفطر الناس » وكانوا يأخذون بالأحدث فالأحدث من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم . قالوا : وهذا يدل على نسخ الصوم . قال أبو عمر : والحجة على أهل الظاهر إجماعهم على أن المريض إذا صام أجزأه صومه .

(وأما المسئلة الثانية) وهى هل الصوم أفضل أو الفطر ؟ إذا قلنا إنه من أهل الفطر على مذهب الجمهور ؛ فإنهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب : فبعضهم رأى الصوم أفضل ، وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة . وبعضهم رأى أن الفطر أفضل ، وممن قال بهذا القول أحمد وجماعة . وبعضهم رأى أن ذلك على التخيير ، وأنه ليس أحدهما أفضل . والسبب فى اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظاهر بعض المنقول ، ومعارضة المنقول بعضه لبعض ، وذلك أن المعنى المعقول من إجازة الفطر للصائم إنما هو الرخصة له لمكان رفع المشقة عنه ، وما كان رخصة فالأفضل ترك الرخصة ، ويشهد لهذا حديث حمزة بن عمرو الأسلمى خرجه مسلم أنه قال « يارسول الله أجد فىَّ قوة على الصيام فى السفر فهل علىَّ من جناح ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هِىَ رُخْصَةٌ مِنَ اللهِ فَمَنْ أَخَذَ بِهَا فَحَسَنٌ ، وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يَصُومَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ » وأما ما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام « لَيْسَ مِنَ الْبِرِّ أَنْ تَصُومَ فى السَّفَرِ » ومن أن آخر فعله عليه الصلاة والسلام كان الفطر ، فيوهم أن الفطر أفضل ، لكن الفطر لما كان ليس حكما وإنما هو من فعل المباح عسر على الجمهور أن يضعوا المباح أفضل من الحكم . وأما من خير فى ذلك فلمكان حديث عائشة قالت « سأل حمزة بن عمرو الأسلمى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام فى السفر فقال « إنْ شِئْتَ فَصُمْ وإنْ شِئْتَ فأفْطِرْ » خرجه مسلم .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى هل الفطر الجائز للمسافر هو فى سفر محدود أو فى سفر غير محدود . فإن العلماء اختلفوا فيها ؛ فذهب الجمهور إلى أنه إنما يفطر فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة ، وذلك على حسب اختلافهم فى هذه المسئلة . وذهب قوم إلى أنه يفطر فى كل ما ينطلق عليه اسم سفر وهم أهل الظاهر . والسبب فى اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ للمعنى ، وذلك أن ظاهر

اللفظ أن كل من ينطلق عليه اسم مسافر فله أن يفطر لقوله تعالى ـ فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ـ وأما المعنى المعقول من إجازة الفطر فى السفر فهو المشقة ، ولما كانت لاتوجد فى كل سفر وجب أن يجوز الفطر فى السفر الذى فيه المشقة ، ولما كان الصحابة كأنهم مجمعون على الحد فى ذلك وجب أن يقاس ذلك على الحد فى تقصير الصلاة . وأما المرض الذى يجوز فيه الفطر ، فإنهم اختلفوا فيه أيضا ، فذهب قوم إلى أنه المرض الذى يلحق من الصوم فيه مشقة وضرورة ، وبه قال مالك . وذهب قوم إلى أنه المرض الغالب ، وبه قال أحمد . وقال قوم إذا انطلق عليه اسم المريض أفطر . وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم فى حد السفر .

(وأما المسئلة الخامسة) وهى متى يفطر المسافر ومتى يمسك ، فإن قوما قالوا : يفطر يومه الذى خرج فيه مسافرا ، وبه قال الشعبى والحسن وأحمد . وقالت طائفة : لايفطر يومه ذلك ، وبه قال فقهاء الأمصار . واستحب جماعة العلماء لمن علم أنه يدخل المدينة أول يومه ذلك أن يدخل صائما ، وبعضهم فى ذلك أكثر تشديدا من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مفطرا كفارة . واختلفوا فيمن دخل وقد ذهب بعض النهار ، فذهب مالك والشافعى إلى أنه يتمادى على فطره . وقال أبو حنيفة وأصحابه : يكف عن الأكل ، وكذلك الحائض عنده تطهر تكف عن الأكل . والسبب فى اختلافهم فى الوقت الذى يفطر فيه المسافر هو معارضة الأثر للنظر . أما الأثر فإنه ثبت من حديث ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وأفطر الناس معه » وظاهر هذا أنه أفطر بعد أن بيت الصوم . وأما الناس فلا يشك أنهم أفطروا بعد تبييتهم الصوم ، وفى هذا المعنى أيضا حديث جابر ابن عبد الله « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح إلى مكة ، فسار حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس ، ثم دعا بقدح من ماء فرفعه حتى نظر الناس إليه ثم شرب ، فقيل له بعد ذلك إن بعض الناس قد صام فقال : « أُولَـٰئِكَ الْعُصَاةُ أُولَـٰئِكَ الْعُصَاةُ » وخرج أبو داود عن أبى نضرة الغفارى أنه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة ، قال جعفر راوى الحديث :

فقلت : ألست تؤم البيوت؟ فقال : أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال جعفر : فأكل . وأما النظر فلما كان المسافر لايجوز له إلاأن يبيت الصوم ليلة سفره لم يجز له أن يبطل صومه وقد بيته لقوله تعالى - ولا تُبْطِلُوا أعمَالَكُمْ - وأما اختلافهم فى إمساك الداخل فى أثناء النهار عن الأكل أو لاإمساكه .فالسبب فيه اختلافهم فى تشبيه من يطرأ عليه فى يوم شك أفطر فيه الثبوت أنه من رمضان ، فمن شبهه به قال يمسك عن الأكل، ومن لم يشبهه به قال لايمسك عن الأكل ، لأن الأول أكل لموضع الجهل ، وهذا أكل لسبب مبيح أو موجب للأكل . والحنفية تقول: كلاهما سببان موجبان للإمساك عن الأكل بعد إباحة الأكل .

(وأما المسئلة السادسة) وهى هل يجوز للصائم فى رمضان أن ينشئ سفرا ثم لايصوم فيه ، فإن الجمهور على أنه يجوز ذلك له . وروى عن بعضهم وهو عبيدة السلمانى وسويد بن غفلة وابن مجلز أنه إن سافر فيه صام ولم يجيزوا له الفطر . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى - فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ - وذلك أنه يحتمل أن يفهم منه أن من شهد بعض الشهر فالواجب عليه أن يصومه كله ، ويحتمل أن يفهم منه أن من شهد أن الواجب أن يصوم ذلك البعض الذى شهده ، وذلك أنه لما كان المفهوم باتفاق أن من شهده كله فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ، ويؤيد تأويل الجمهور إنشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر فى رمضان . وأما حكم المسافر إذا أفطر فهو القضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى - فعدة من أيام أخر - ما عدا المريض بإغماء أو جنون ، فإنهم اختلفوا فى وجوب القضاء عليه ، وفقهاء الأمصار على وجوبه على المغمى عليه واختلفوا فى المجنون ، ومذهب مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه الصلاة والسلام « وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ » والذين أوجبوا عليهما القضاء اختلفوا فى كون الإغماء والجنون مفسدا للصوم ، فقوم قالوا إنه مفسد : وقوم قالوا : ليس بمفسد . وقوم فرقوا بين أن يكون أغمى عليه بعد الفجر أو قبل الفجر : وقوم قالوا : إن أغمى عليه بعد مضى أكثر النهار

أجزأه ، وإن أغمى عليه فى أول النهار قضى ، وهو مذهب مالك، وهذا كله فيه ضعف ، فإن الإغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون ، إذا ارتفع التكليف لم يوصف بمفطر ولا صائم فكيف يقال فى الصفة التى ترفع التكليف إنها مبطلة للصوم إلا كما يقال فى الميت أو فيمن لا يصح منه العمل إنه قد بطل صومه وعمله . ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل : منها هل يقضيان ما عليهما متتابعا أم لا؟ ومنها ماذا عليهما إذا أخرا القضاء بغير عذر إلى أن يدخل رمضان آخر ومنها إذا ماتا ولم يقضيا هل يصوم عنهما وليهما أو لا يصوم ؟ .

(أما المسئلة الأولى) فإن بعضهم أوجب أن يكون القضاء متتابعا على صفة الأداء ، وبعضهم لم يوجب ذلك، وهؤلاء منهم من خير ومنهم من استحب التتابع ، والجماعة على ترك إيجاب التتابع . وسبب اختلافهم تعارض ظواهر اللفظ والقياس ، وذلك أن القياس يقتضى أن يكون الأداء على صفة القضاء أصل ذلك الصلاة والحج . أما ظاهر قوله تعالى فعدة من أيام أخر فإنما يقتضى إيجاب العدد فقط لا إيجاب التتابع . وروى عن عائشة أنها قالت : نزلت فعدة من أيام أخر متتابعات فسقط ـ متتابعات . وأما إذا أخر القضاء حتى دخل رمضان آخر ؛ فقال قوم : يجب عليه بعد صيام رمضان الداخل القضاء والكفارة ، وبه قال مالك والشافعى وأحمد . وقال قوم : لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصرى وإبراهيم النخعى . وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على بعض أم لا ؟ فمن لم يجز القياس فى الكفارات قال : إنما عليه القضاء فقط . ومن أجاز القياس فى الكفارات قال : عليه كفارة قياسا على من أفطر متعمدا لأن كليهما مستهين بحرمة الصوم. أما هذا فبترك القضاء زمان القضاء، وأما ذلك فبالأكل فى يوم لا يجوز فيه الأكل ، وإنما كان يكون القياس مستندا لو ثبت أن للقضاء زمانا محدودا بنص من الشارع ، لأن أزمنة الأداء هى المحدودة فى الشرع ، وقد شذ قوم فقالوا : إذا اتصل مرض المريض حتى يدخل رمضان آخر أنه لا قضاء عليه وهذا مخالف للنص . وأما إذا مات وعليه صوم فإن قوما قالوا : لا يصوم أحد عن أحد . وقوم قالوا : يصوم عنه وليه ، والذين لم يوجبوا الصوم قالوا : يطعم عنه وليه ، وبه قال الشافعى . وقال

بعضهم : لاصيام ولا إطعام إلا أن يوصى به ، وهو قول مالك . وقال أبوحنيفة يصوم ، فإن لم يستطع أطعم ، وفرق قوم بين النذر والصيام المفروض ، فقالوا يصوم عنه وليه فى النذر ولا يصوم فى الصيام المفروض. والسبب فى اختلافهم معارضة القياس للأثر وذلك أنه ثبت عنه من حديث عائشة أنه قال عليه الصلاة والسلام «مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صِيامٌ صَامَهُ عَنْهُ وَلِيُّهُ» خرجه مسلم ، وثبت عنه أيضا من حديث ابن عباس أنه قال « جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله إن أمى ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها ؟ فقال : لَوْ كَانَ عَلَى أُمِّكَ دَيْنٌ أَكُنْتَ قَاضِيَهُ عَنْهَا ؟ قال نعم ، قال : فَدَيْنُ اللهِ أَحَقُّ بِالقَضَاءِ » فمن رأى أن الأصول تعارضه ، وذلك أنه كما أنه لايصلى أحد عن أحد ، ولا يتوضأ أحد عن أحد كذلك لايصوم أحد عن أحد قال : لاصيام على الولى ، ومن أخذ بالنص فى ذلك قال : بإيجاب الصيام عليه ، ومن لم يأخذ بالنص فى ذلك قصر الوجوب على النذر ، ومن قاس رمضان عليه قال : يصوم عنه فى رمضان . وأما من أوجب الإطعام فمصيرا إلى قراءة من قرأ - وَعَلَى الَّذِين يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ - الآية . ومن خير فى ذلك فجمعا بين الآية والأثر ، فهذه هى أحكام المسافر والمريض من الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم . وأما باقى هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير ، فإن فيه مسئلتين مشهورتين : إحداهما الحامل والمرضع إذا أفطرتا ماذا عليهما ؟ وهذه المسئلة للعلماء فيها أربعة مذاهب : أحدها أنهما يطعمان ولا قضاء عليهما ، وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس . والقول الثانى أنهما يقضيان فقط ولا إطعام عليهما وهو مقابل الأول وبه قال أبوحنيفة وأصحابه وأبوعبيد وأبوثور. والثالث أنهما يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعى . والقول الرابع أن الحامل تقضى ولا تطعم والمرضع تقضى وتطعم ؛ وسبب اختلافهم تردد شبههما بين الذى يجهده الصوم وبين المريض ، فمن شبههما بالمريض قال : عليهما القضاء فقط ، ومن شبههما بالذى يجهده الصوم قال : عليهما الإطعام فقط بدليل قراءة من قرأ - وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين - الآية . وأما من جمع عليهما الأمرين فيشبه أن يكون رأى فيهما من كل واحد شبها فقال : عليهما القضاء من جهة ما فيهما من شبه المريض

وعليهما الفدية من جهة ما فيهما من شبه الذين يجهدهم الصيام ، ويشبه أن يكون شبههما بالمفطر الصحيح لكن يضعف هذا ، فإن الصحيح لايباح له الفطر. ومن فرق بين الحامل والمرضع ألحق الحامل بالمريض وأبقى حكم المرضع مجموعا من حكم المريض وحكم الذى يجهده الصوم أو شبهها بالصحيح ومن أفرد لهما أحد الحكمين أولى والله أعلم ممن جمع ، كما أن من أفردهما بالقضاء أولى ممن أفردهما بالإطعام فقط لكون القراءة غير متواترة ، فتأمل هذا فإنه بين . وأما الشيخ الكبير والعجوز اللذان لايقدران على الصيام فإنهم أجمعوا على أن لهما أن يفطرا ، واختلفوا فيما عليهما إذا أفطرا ، فقال قوم: عليهما الإطعام . وقال قوم: ليس عليهما إطعام ، وبالأول قال الشافعى وأبوحنيفة، وبالثانى قال مالك إلا أنه استحبه . وأكثر من رأى الإطعام عليهما يقول مد عن كل يوم ، وقيل إن حفن حفنات كما كان أنس يصنع أجزأه . وسبب اختلافهم اختلافهم فى القراءة التى ذكرنا ، أعنى قراءة من قرأ - وعلى الذين يطوّقونه - فمن أوجب العمل بالقراءة التى لم تثبت فى المصحف إذا وردت من طريق الآحاد العدول قال : الشيخ منهم ، ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المريض الذى يتمادى به المرض حتى يموت ، فهذه هى أحكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم الفطر ، أعنى أحكامهم المشهورة التى أكثرها منطوق به أو لها تعلق بالمنطوق به فى الصنف الذى يجوز له الفطر. وأما النظر فى أحكام الصنف الذى يجوز له الفطر إذا أفطر ، فإن النظر فى ذلك يتوجه إلى من يفطر بجماع وإلى من يفطر بغير جماع وإلى من يفطر بأمر متفق عليه وإلى من يفطر بأمر مختلف عليه ، أعنى بشبهة أو بغير شبهة ، وكل واحد من هذين إما أن يكون على طريق السهو أو طريق العمد أو طريق الاختيار أو طريق الإكراه . أما من أفطر بجماع متعمدا فى رمضان ، فإن الجمهور على أن الواجب عليه القضاء والكفارة ، لما ثبت من حديث أبى هريرة أنه قال «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هلكت يا رسول الله ، قال وَما أهْلَكَكَ ؟ قال وقعت على امرأتى فى رمضان ، قال : هَلْ تجد ما تَعْتِقُ بِهِ رَقَبَةً ؟ قال لا ، قال : فَهَل تَستَطِيعُ أنْ تَصُومَ

شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ؟ قال لا ، قال : فَهَلْ تَجِدُ ما تُطْعِمُ بِهِ سِتِّينَ مِسْكِينا ؟ قال لا ، ثم جلس فأتى النبى صلى الله عليه وسلم بفرق فيه تمر فقال : تَصَدَّق بِهَذا ، فقال : أعلى أفقر منى ؟ فما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا ، قال : فضحك النبى صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ثم قال : اذْهَبْ فأطْعِمْهُ أهْلَكَ » واختلفوا من ذلك فى مواضع : منها هل الإفطار متعمدا بالأكل والشرب حكمه حكم الإفطار بالجماع فى القضاء والكفارة أم لا ؟ ومنها إذا جامع ساهيا ماذا عليه ؟ ومنها ماذا على المرأة إذا لم تكن مكرهة؟ ومنها هل الكفارة واجبة فيه مترتبة أو على التخيير ؟ ومنها كم المقدار الذى يجب أن يعطى كل مسكين إذا كفر بالإطعام ؟ ومنها هل الكفارة متكررة بتكرر الجماع أم لا ؟ ومنها إذا لزمه الإطعام وكان معسرا هل يلزمه الإطعام إذا أثرى أم لا ؟ وشذ قوم فلم يوجبوا على المفطر عمدا بالجماع إلا القضاء فقط ، إما لأنه لم يبلغهم هذا الحديث ، وإما أنه لم يكن الأمر عزمة فى هذا الحديث ، لأنه لو كان عزمة لوجب إذا لم يستطع الإعتاق أو الإطعام أن يصوم ، ولا بد إذا كان صحيحا على ظاهر الحديث ، وأيضا لو كان عزمة لأعلمه عليه الصلاة والسلام أنه إذا صح أنه يجب عليه الصيام أن لو كان مريضا وكذلك شذ قوم أيضا فقالوا : ليس عليه إلا الكفارة فقط إذ ليس فى الحديث ذكر القضاء ، والقضاء الواجب بالكتاب إنما هو لمن أفطر ممن يجوز له الفطر ، أو ممن لايجوز له الصوم على الاختلاف الذى قررناه قبل فى ذلك ، فأما من أفطر متعمدا فليس فى إيجاب القضاء عليه نص فيلحق فى قضاء المتعمد الخلاف الذى لحق فى قضاء تارك الصلاة عمدا حتى خرج وقتها ، إلا أن الخلاف فى هاتين المسئلتين شاذ . وأما الخلاف المشهور فهو فى المسائل التى عددناها قبل .

(وأما المسئلة الأولى) وهى هل تجب الكفارة بالإفطار بالأكل والشرب متعمدا ، فإن مالكا وأصحابه وأبا حنيفة وأصحابه والثورى وجماعة ذهبوا إلى أن من أفطر متعمدا بأكل أو شرب أن عليه القضاء والكفارة المذكورة فى هذا الحديث . وذهب الشافعى وأحمد وأهل الظاهر إلى أن الكفارة إنما تلزم فى الإفطار من الجماع فقط . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى جواز قياس

المفطر بالأكل والشرب على المفطر بالجماع ، فمن رأى أن شبههما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحدا . ومن رأى أنه وإن كانت الكفارة عقابا لانتهاك الحرمة فإنها أشد مناسبة للجماع منها لغيره ، وذلك أن العقاب المقصود به الردع والعقاب الأكبر قد يوضع لما إليه النفس أميل وهو لما أغلب من الجنايات وإن كانت الجناية متقاربة إذ كان المقصود من ذلك التزام الناس الشرائع ، وأن يكونوا أخيارا عدولا كما قال تعالى - كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ - قال هذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع ، وهذا إذا كان ممن يرى القياس . وأما من لايرى القياس فأمره بين أنه ليس يعدى حكم الجماع إلى الأكل والشرب . وأما ما روى مالك فى الموطأ أن رجلا أفطر فى رمضان فأمره النبى صلى الله عليه وسلم بالكفارة المذكورة فليس بحجة ، لأن قول الراوى فأفطر هو مجمل ، والمجمل ليس له عموم فيؤخذ به ، لكن هذا قول على إن الراوى كان يرى أن الكفارة كانت لموضع الإفطار ، ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذكر النوع من الفطر الذى أفطر به .

(وأما المسئلة الثانية) وهو إذا جامع ناسيا لصومه ، فإن الشافعى وأبا حنيفة يقولان : لاقضاء عليه ولا كفارة . وقال مالك : عليه القضاء دون الكفارة . وقال أحمد وأهل الظاهر : عليه القضاء والكفارة . وسبب اختلافهم فى قضاء الناسى معارضة ظاهر الأثر فى ذلك للقياس . وأما القياس فهو تشبيه ناسى الصوم بناسى الصلاة ؛ فمن شبهه بناسى الصلاة أوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسى الصلاة . وأما الأثر المعارض بظاهره لهذا القياس فهو ما خرجه البخارى ومسلم عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ نَسِيَ وَهُوَ صَائِمٌ فَأَكَلَ أَوْ شَرِبَ فَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ فَإِنَّمَا أَطْعَمَهُ اللهُ وَسَقَاهُ » وهذا الأثر يشهد له عموم قوله عليه الصلاة والسلام « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » ومن هذا الباب اختلافهم فيمن ظن أن الشمس قد غربت فأفطر ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه قضاء أم لا ؟ وذلك أن هذا مخطئ ، والمخطئ والناسى حكمهما

واحد ، فكيفما قلنا فتأثير النسيان فى إسقاط القضاء بين والله أعلم . وذلك أنا إن قلنا إن الأصل هو أن لايلزم الناسى قضاء حتى يدل الدليل على ذلك وجب أن يكون النسيان لايوجب القضاء فى الصوم إذ لادليل ههنا على ذلك بخلاف الأمر فى الصلاة ، وإن قلنا إن الأصل هو إيجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسى فقد دل الدليل فى حديث أبى هريرة على رفعه عن الناسى ، اللهم إلا أن يقول قائل: إن الدليل الذى استثنى ناسى الصوم من ناسى سائر العبادات التى رفع عن تاركها الحرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة ، لكن إيجاب القضاء بالقياس فيه ضعف ، وإنما القضاء عند الأكثر واجب بأمر متجدد . وأما من أوجب القضاء والكفارة على المجامع ناسيا فضعيف ، فإن تأثير النسيان فى إسقاط العقوبات بين فى الشرع والكفارة من أنواع العقوبات وإنما أصارهم إلى ذلك أخذهم بمجمل الصفة المنقولة فى الحديث أعنى من أنه لم يذكر فيه أنه فعل ذلك عمدا ولا نسيانا ، لكن من أوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا لم يحفظ أصله فى هذا مع أن النص إنما جاء فى المتعمد ، وقد كان يجب على أهل الظاهر أن يأخذوا بالمتفق عليه وهو إيجاب الكفارة على العامد إلى أن يدل الدليل على إيجابها على الناسى ، أو يأخذوا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » حتى يدل الدليل على التخصيص ، ولكن كلا الفريقين لم يلزم أصله وليس فى مجمل ما نقل من حديث الأعرابى حجة . ومن قال من أهل الأصول إن ترك التفصيل فى اختلاف الأحوال من الشارع بمنزلة العموم فى الأقوال فضعيف ، فإن الشارع لم يحكم قط إلا على مفصل وإنما الإجمال فى حقنا .

(وأما المسئلة الثالثة) وهو اختلافهم فى وجوب الكفارة على المرأة إذا طاوعته على الجماع ، فإن أباحنيفة وأصحابه ومالكا وأصحابه أوجبوا عليها الكفارة ، وقال الشافعى وداود : لا كفارة عليها . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الأثر للقياس ، وذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المرأة فى الحديث بكفارة ، والقياس أنها مثل الرجل إذ كان كلاهما مكلفا .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار أو على التخيير ، وأعنى بالترتيب أن لاينتقل المكلف إلى واحد من الواجبات المخيرة

إلا بعد العجز عن الذى قبله ، وبالتخيير أن يفعل منها ما شاء ابتداء من غير عجز عن الآخر فإنهم أيضا اختلفوا فى ذلك ، فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وسائر الكوفيين : هى غير مرتبة ، فالعتق أولا ، فإن لم يجد فالصيام ، فإن لم يستطع فالإطعام . وقال مالك : هى على التخيير . وروى عنه ابن القاسم مع ذلك أنه يستحب الإطعام أكثر من العتق ومن الصيام . وسبب اختلافهم فى وجوب الترتيب تعارض ظواهر الآثار فى ذلك والأقيسة ، وذلك أن ظاهر حديث الأعرابى المتقدم يوجب أنها على الترتيب إذ سأله النبى عليه الصلاة والسلام عن الاستطاعة عليها مرتبا ، وظاهر ما رواه مالك من « أن رجلا أفطر فى رمضان فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا » أنها على التخيير ، إذ أو إنما تقتضى فى لسان العرب التخيير ، وإن كان ذلك من لفظ الراوى الصاحب ، إذ كانوا هم أقعد بمفهوم الأحوال ودلالات الأقوال . وأما الأقيسة المعارضة فى ذلك فتشبيهها تارة بكفارة الظهار وتارة بكفارة اليمين ، لكنها أشبه بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين ، وأخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوى . وأما استحباب مالك الابتداء بالإطعام فمخالف لظواهر الآثار ، وإنما ذهب إلى هذا من طريق القياس ، لأنه رأى الصيام قد وقع بدله الإطعام فى مواضع شتى من الشرع ، وأنه مناسب له أكثر من غيره بدليل قراءة من قرأ ـ وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مساكين ـ ولذلك استحب هو وجماعة من العلماء لمن مات وعليه صوم أن يكفر بالإطعام عنه ، وهذا كأنه من باب ترجيح القياس الذى تشهد له الأصول على الأثر الذى لا تشهد له الأصول .

(وأما المسئلة الخامسة) وهو اختلافهم فى مقدار الإطعام ، فإن مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا : يطعم لكل مسكين مدا بمد النبى صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجزى أقل من مدين بمد النبى صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر . أما القياس فتشبيه هذه الفدية بفدية الأذى المنصوص عليها . وأما الأثر فما روى فى بعض طرق حديث الكفارة أن الفرق كان فيه خمسة عشر صاعا ، لكن ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين

إلا دلالة ضعيفة ، وإنما يدل على أن بدل الصيام فى هذه الكفارة هو هذا القدر.

(وأما المسئلة السادسة) وهى تكرر الكفارة بتكرر الإفطار ، فإنهم أجمعوا على أن من وطئ فى يوم رمضان ثم كفر ثم وطئ فى يوم آخر أن عليه كفارة أخرى ، وأجمعوا على أنه من وطئ مرارا فى يوم واحد أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة . واختلفوا فيمن وطئ فى يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطئ فى يوم ثان ؛ فقال مالك والشافعى وجماعة : عليه لكل يوم كفارة ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : عليه كفارة واحدة ما لم يكفر عن الجماع الأول . والسبب فى اختلافهم تشبيه الكفارات بالحدود ، فمن شبهها بالحدود قال : كفارة واحدة تجزى فى ذلك عن أفعال كثيرة كما يلزم الزانى جلد واحد ، وإن زنى ألف مرة إذا لم يحد لواحد منها . ومن لم يشبهها بالحدود جعل لكل واحد من الأيام حكما منفردا بنفسه فى هتك الصوم فيه أوجب فى كل يوم كفارة . قالوا : والفرق بينهما أن الكفارة فيها نوع من القربة ، والحدود زجر محض .

(وأما المسئلة السابعة) وهى هل يجب عليه الإطعام إذا أيسر وكان معسرا فى وقت الوجوب فإن الأوزاعى قال : لاشىء عليه إن كان معسرا . وأما الشافعى فتردد فى ذلك . والسبب فى اختلافهم فى ذلك أنه حكم مسكوت عنه فيحتمل أن يشبه بالديون فيعود الوجوب عليه فى وقت الإثراء . ويحتمل أن يقال : لو كان ذلك واجبا عليه لبينه له عليه الصلاة والسلام . فهذه أحكام من أفطر متعمدا فى رمضان مما أجمع على أنه مفطر . وأما من أفطر مما هو مختلف فيه . فإن بعض من أوجب فيه الفطر أوجب فيه القضاء والكفارة ، وبعضهم أوجب فيه القضاء فقط . مثل من رأى الفطر من الحجامة ومن الاستقاء ، ومن بلع الحصاة . ومثل المسافر يفطر أول يوم يخرج عند من يرى أنه ليس له أن يفطر فى ذلك اليوم . فإن مالكا أوجب فيه القضاء والكفارة ، وخالفه فى ذلك سائر فقهاء الأمصار وجمهور أصحابه . وأما من أوجب القضاء والكفارة من الاستقاء فأبو ثور والأوزاعى وسائر من يرى أن الاستقاء مفطر لا يوجبون إلا القضاء فقط . والذى أوجب القضاء والكفارة فى الاحتجام من القائلين بأن الحجامة تفطر هو عطاء وحده . وسبب هذا الخلاف أن المفطر بشىء فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر . فمن غلب أحد

الشبهين أوجب له ذلك الحكم وهذان الشبهان الموجودان فيه هما اللذان أوجبا فيه الخلاف ، أعنى هل هو مفطر أو غير مفطر ، ولكون الإفطار شبهة لا يوجب الكفارة عند الجمهور وإنما يوجب القضاء فقط ، نزع أبوحنيفة إلى أنه من أفطر متعمدا للفطر ثم طرأ عليه فى ذلك اليوم سبب مبيح للفطر أنه لا كفارة عليه كالمرأة تفطر عمدا ثم تحيض باقى النهار ، وكالصحيح يفطر عمدا ثم يمرض والحاضر يفطر ثم يسافر ، فمن اعتبر الأمر فى نفسه أعنى أنه مفطر فى يوم جاز له الإفطار فيه لم يوجب عليهم كفارة ، وذلك أن كل واحد من هؤلاء قد كشف له الغيب أنه أفطر فى يوم جاز له الإفطار فيه ، ومن اعتبر الاستهانة بالشرع أوجب عليه الكفارة ، لأنه حين أفطر لم يكن عنده علم بالإباحة ، وهو مذهب مالك والشافعى . ومن هذا الباب إيجاب مالك القضاء فقط على من أكل وهو شاكّ فى الفجر ، وإيجابه القضاء والكفارة على من أكل وهو شاك فى الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما . واتفق الجمهور على أنه ليس فى الفطر عمدا فى قضاء رمضان كفارة ، لأنه ليس له حرمة زمان الأداء : أعنى رمضان ، إلا قتادة فإنه أوجب عليه القضاء والكفارة . وروى عن ابن القاسم وابن وهب أن عليه يومين قياسا على الحج الفاسد . وأجمعوا على أن من سنن الصوم تأخير السحور وتعجيل الفطر لقوله عليه الصلاة والسلام « لايَزَالُ النَّاسُ بِخَيْرٍ ماعَجَّلُوا الفِطْرَ وأخَّرُوا السَّحُورَ » وقال « تَسَحَّرُوا فإنَّ فى السَّحُورِ بَرَكَةً » وقال عليه الصلاة والسلام « فَصْلُ ما بَيْنَ صِيامِنا وَصِيامِ أهْلِ الكِتابِ أكْلَةُ السَّحَرِ » وكذلك جمهورهم على أن من سنن الصوم ومرغباته كف اللسان عن الرفث والخنا لقوله عليه الصلاة والسلام « إنَّمَا الصَّوْمُ جُنَّةٌ ، فإذَا أصْبَحَ أحَدُكُمْ صَائِما فَلا يَرْفُثْ ولا يَجْهَلْ ، فإنْ امْرُؤٌ شاتَمَهُ فَلْيَقُلْ إنِّى صَائِمٌ » وذهب أهل الظاهر إلى أن الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق بالصوم المفروض من المسائل ، وبقى القول فى الصوم المندوب إليه ، وهو القسم الثانى من هذا الكتاب .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيام الثانى وهو المندوب إليه

والنظر فى الصيام المندوب إليه هو فى تلك الأركان الثلاثة وفى حكم الإفطار فيه . فأما الأيام التى يقع فيها الصوم المندوب إليه وهو الركن الأول ، فإنها على ثلاثة أقسام : أيام مرغب فيها ، وأيام منهى عنها ، وأيام مسكوت عنها . ومن هذه ما هو مختلف فيه ، ومنها ما هو متفق عليه : أما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء . وأما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والغرر من كل شهر ، وهى الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر . أما صيام يوم عاشوراء ، فلأنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صامه وأمر بصيامه وقال فيه « مَنْ كانَ أصْبَحَ صَائِمًا فَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ ، وَمَنْ كانَ أصْبَحَ مُفْطِرًا فَلْيُتِمَّ بَقِيَّةَ يَوْمِهِ » واختلفوا فيه هل هو التاسع أو العاشر . والسبب فى ذلك اختلاف الآثار ، خرّج مسلم عن ابن عباس قال : إذا رأيت هلال المحرم فاعدد وأصبح يوم التاسع صائما ، قلت : هكذا كان محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم يصومه ؟ قال : نعم . وروى « أنه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وأمر بصيامه قالوا : يا رسول الله إنه يوم يعظمه اليهود والنصارى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فإذَا كانَ العامُ المُقْبِلُ إنْ شاءَ اللهُ صُمْنا اليَوْمَ التَّاسِعَ » قال : فلم يأت العام المقبل حتى توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما اختلافهم فى يوم عرفة ، فلأن النبى عليه الصلاة والسلام أفطر يوم عرفة ، وقال فيه « صِيامُ يَوْمِ عَرَفَةَ يُكَفِّرُ السَّنَةَ المَاضِيَةَ والآتِيَةَ » ولذلك اختلف الناس فى ذلك ، واختار الشافعى الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جمعا بين الأثرين . وخرّج أبو داود « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة » وأما الست من شوال فإنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ صَامَ رَمَضَانَ ثُمَّ أتْبَعَهُ سِتًّا مِنْ شَوَّالَ كانَ كَصِيامِ الدَّهْرِ » إلا أن مالكا كره ذلك ، إما مخافة أن يلحق الناس برمضان

ماليس فى رمضان، وإما لأنه لعله لم يبلغه الحديث أولم يصح عنده وهو الأظهر ، وكذلك كره مالك تحرّى صيام الغرُر مع ماجاء فيها من الأثر مخافة أن يظن الجهال بها أنها واجبة، وثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم من كل شهر ثلاثة أيام غير معينة ، وأنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص لما أكثر الصيام: « أمَا يَكْفِيكَ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ ثَلاثَةَ أيَّامٍ ؟ قال: فقلت يا رسول الله إنى أطيق أكثر من ذلك ، قال : خَمْسا ، قلت يا رسول الله إنى أطيق أكثر من ذلك ، قال : سَبْعا ، قلت : يا رسول الله إنى طيق أكثر من ذلك ، قال : تِسْعا ، قلت يا رسول الله إنى أطيق أكثر من ذلك ، قال : أحَدَ عَشَرَ ، قلت يا رسول الله إنى أطيق أكثر من ذلك ، فقال عليه الصلاة والسلام : لاصَوْمَ فَوْقَ صِيام دَاوُدَ، شَطْرُ الدَّهْرِ صِيامُ يَوْمٍ، وإفْطارُ يَوْمٍ » وخرّج أبوداود « أنه كان يصوم يوم الاثنين ويوم الخميس » وثبت أنه لم يستتم قط شهرا بالصيام غير رمضان ، وإن أكثر صيامه كان فى شعبان . وأما الأيام لمنهى عنها ، فمنها أيضا متفق عليها ، ومنها مختلف فيها . أما المتفق عليها فيوم الفطر ويوم الأضحى لثبوت النهى عن صيامهما . وأما المختلف فيها فأيام التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الآخر من شعبان وصيام الدهر . أما أيام التشريق فإن أهل الظاهر لم يجيزوا الصوم فيها . وقوم أجازوا ذلك فيها . وقوم كرهوه ، وبه قال مالك ، إلا أنه أجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم فى الحج وهو المتمتع ، وهذه الأيام هى الثلاثة الأيام التى بعد يوم النحر . والسبب فى اختلافهم تردد قوله عليه الصلاة والسلام فى « إنها أيام أكل وشرب» بين أن يحمل على الوجوب أوعلى الندب ، فمن حمله على الوجوب قال : الصوم يحرم ، ومن حمله على الندب قال : الصوم مكروه ، ويشبه أن يكون من حمله على الندب إنما صار إلى ذلك وغلبه على الأصل الذى هو حمله على الوجوب لأنه رأى أنه إن حمله على الوجوب عارضه حديث أبى سعيد الخدرى الثابت بدليل الخطاب ، وهو أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لايَصْلِحُ الصِّيامُ فى يَوْمَيْنِ يَوْمِ الفِطْرِ مِنْ رَمَضَان

وَيَوْمِ النَّحْرِ » فدليل الخطاب يقتضى أن ما عدا هذين اليومين يصح الصيام فيه ، وإلا كان تخصيصهما عبثا لافائدة فيه . وأما يوم الجمعة فإن قوماً لم يكرهوا صيامه ، ومن هؤلاء مالك وأصحابه وجماعة ، وقوم كرهوا صيامه إلا أن يصام قبله أو بعده . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك ، فمنها حديث ابن مسعود « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة أيام من كل شهر قال : وما رأيته يفطر يوم الجمعة » وهو حديث صحيح . ومنها حديث جابر « أن سائلا سأل جابرا أسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يُفرِدَ يوم الجمعة بصوم ؟ قال : نعم ورب هذا البيت » خرّجه مسلم . ومنها حديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لايَصُومُ أحَدُكُمْ يَوْمَ الجُمُعَةِ إلاَّ أنْ يَصُومَ قَبْلَهُ أوْ يَصُومَ بَعْدَهُ » خرّجه أيضا مسلم ، فمن أخذ بظاهر حديث ابن مسعود أجاز صيام يوم الجمعة مطلقا ، ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقا ، ومن أخذ بحديث أبى هريرة جمع بين الحديثين ، أعنى حديث جابر وحديث ابن مسعود . وأما يوم الشك فإن جمهور العلماء على النهى عن صيام يوم الشك على أنه من رمضان لظواهر الأحاديث التى يوجب مفهومها تعلق الصوم بالرؤية أو بإكمال العدد إلا ماحكيناه عن ابن عمر ، واختلفوا فى تحرى صيامه تطوعا ، فمنهم من كرهه على ظاهر حديث عمار « مَنْ صَامَ يَوْمَ الشَّكِّ فَقَدْ عَصَى أبا القاسِمِ » ومن أجازه فلأنه قد روى أنه عليه الصلاة والسلام صام شعبان كله ، ولما قد روى من أنه عليه الصلاة والسلام قال « لاتَتَقَدَّمُوا رَمَضَانَ بِيَوْمٍ ولا بِيَوْمَيْنِ إلاَّ أنْ يُوَافِقَ ذلكَ صَوْماً كانَ يَصُومُهُ أحَدُكُمْ فَلْيَصُمْهُ » وكان الليث بن سعد يقول : إنه إن صامه على أنه من رمضان ثم جاء الثبت أنه من رمضان أجزأه ، وهذا دليل على أن النية تقع بعد الفجر فى التحول من نية التطوع إلى نية الفرض . وأما يوم السبت ، فالسبب فى اختلافهم فيه اختلافهم فى تصحيح ما روى من أنه عليه الصلاة والسلام قال « لاتَصُومُوا يَوْمَ السَّبْتِ إلاَّ فِيما افْتُرِضَ عَلَيْكُمْ » خرجه أبو داود ، قالوا :

والحديث منسوخ ، نسخه حديث جويرية بنت الحارث « أن النبي عليه الصلاة والسلام دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة فقال : صُمْتِ أمْس ؟ فقالت لا ، فقال تُرِيدِينَ أنْ تَصُومِى غَدًا ؟ قالت لا ، قال : فأفْطِرِى » . وأما صيام الدهر فإنه قد ثبت النهى عن ذلك ، لكن مالك لم ير بذلك بأسا ، وعسى رأى النهى فى ذلك إنما هو من باب خوف الضعف والمرض . وأما صيام النصف الآخر من شعبان ، فإن قوما كرهوه ، وقوما أجازوه ، فمن كرهوه فلما روى من أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا صَوْمَ بَعْدَ النِّصْفِ مِنْ شَعْبانَ حَتى رَمَضَانَ » ومن أجازه فلما روى عن أم سلمة قالت « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين إلا شعبان ورمضان » ولما روى عن ابن عمر قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرن شعبان برمضان » وهذه الآثار خرّجها الطحاوى . وأما الركن الثانى وهو النية فلا أعلم أن أحدا لم يشترط النية فى صوم التطوع ، وإنما اختلفوا فى وقت النية على ما تقدم . وأما الركن الثالث وهو الإمساك عن المفطرات فهو بعينه الإمساك الواجب فى الصوم المفروض ، والاختلاف الذى هنالك لاحق ههنا . وأما حكم الإفطار التطوع فإنهم أجمعوا على أنه ليس على من دخل فى صيام تطوع فقطعه لعذر قضاء . واختلفوا إذا قطعه لغير عذر عامدا ، فأوجب مالك وأبو حنيفة عليه القضاء ، وقال الشافعى وجماعة : ليس عليه قضاء . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك ، وذلك أن مالكا روى أن حفصة وعائشة زوجى النبى عليه الصلاة والسلام أصبحتا صائمتين متطوعتين ، فأهدى لهما طعام فأفطرتا عليه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقْضِيا يَوْما مَكانَهُ » وعارض هذا حديث أم هانئ قالت « لما كان يوم الفتح فتح مكة ، جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وأم هانئ عن يمينه ، قالت : فجاءت الوليدة بإناء فيه شراب ، فناولته فشرب منه ، ثم ناوله أم هانئ فشربت منه ، قالت : يا رسول الله لقد أفطرت وكنت صائمة ، فقال لها عليه الصلاة والسلام : أكُنْتِ تَقْضِينَ شَيْئا ؟ قالت لا قال : فَلا يَضُرُّكِ إنْ كانَ تَطَوُّعًا » واحتج الشافعى فى هذا المعنى بحديث عائشة أنها قالت « دخل

علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: أنا خبأت لك خبئا ، فقال: أمَا إنِّى كُنْتُ أُرِيدُ الصِّيامَ وَلَكِنْ قَرِّبِيهِ » وحديث عائشة وحفصة غير مسند . ولاختلافهم أيضا فى هذه المسئلة سبب آخر ، وهو تردد الصوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع أو على حج التطوع ، وذلك أنهم أجمعوا على أن من دخل فى الحج والعمرة متطوعا يخرج منهما أن عليه القضاء . وأجمعوا على أن من خرج من صلاة التطوع فليس عليه قضاء فيما علمت ، وزعم من قاس الصوم على الصلاة أنه أشبه بالصلاة منه بالحج ، لأن الحج له حكم خاص فى هذا المعنى ، وهو أنه يلزم المفسد له المسير فيه إلى آخره ، وإذا أفطر فى التطوع ناسيا فالجمهور على أن لا قضاء عليه ، وقال ابن علية عليه القضاء قياسا على الحج ، ولعل مالكا حمل حديث أم هانئ على النسيان ، وحديث أم هانئ خرّجه أبو داود ، وكذلك خرّج حديث عائشة بقريب من اللفظ الذى ذكرناه ، وخرّج حديث عائشة وحفصة بعينه .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاعتكاف

والاعتكاف مندوب إليه بالشرع واجب بالنذر ، ولا خلاف فى ذلك إلا ما روى عن مالك أنه كره الدخول فيه مخافة أن لا يوفى شرطه وهو فى رمضان أكثر منه فى غيره ، وبخاصة فى العشر الأواخر منه ، إذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم ، وهو بالجملة يشتمل على عمل مخصوص فى موضع مخصوص وفى زمان مخصوص بشروط مخصوصة وتروك مخصوصة : فأما العمل الذى يخصه ففيه قولان : قيل إنه الصلاة وذكر الله وقراءة القرآن لا غير ذلك من أعمال البر والقُرَب ، وهو مذهب ابن القاسم . وقيل جميع أعمال القرب والبر المختصة بالآخرة ، وهو مذهب ابن وهب ، فعلى هذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم ، وعلى المذهب الأول لا ، وهذا هو مذهب الثورى ، والأول هو مذهب الشافعى وأبى حنيفة . وسبب اختلافهم أن ذلك شىء مسكوت عنه ، أعنى أنه ليس فيه حد مشروع بالقول ، فمن فهم من الاعتكاف حبس النفس على الأفعال المختصة بالمساجد قال : لا يجوز

للمعتكف إلا الصلاة و القراءة . ومن فهم منه حبس النفس على القرب الأخرويه كلها أجاز له غير ذلك مما ذكرناه . وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : من اعتكف لايرفث ولا يسابّ ، وليشهد الجمعة والجنازة ، ويوصى أهله إذا كانت له حاجة وهو قائم ولا يجلس . ذكره عبد الرازق . وروى عن عائشة خلاف هذا ، وهو أن السنة للمعتكف أن لايشهد جنازة ولا يعود مريضا ، وهذا أيضا أحد ما أوجب الاختلاف فى هذا المعنى . وأما المواضع التى فيها يكون الاعتكاف ، فإنهم اختلفوا فيها فقال قوم : لااعتكاف إلا فى المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبى عليه الصلاة والسلام وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب . وقال آخرون : الاعتكاف عام فى كل مسجد ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى ، وهو مشهور مذهب مالك . وقال آخرون : لا اعتكاف إلا فى مسجد فيه جمعة ، وهى رواية ابن عبد الحكم عن مالك . وأجمع الكل على أن من شرط الاعتكاف المسجد ، إلا ما ذهب إليه ابن لبابة من أنه يصح فى غير مسجد ، وأن مباشرة النساء إنما حرمت على المعتكف إذا اعتكف فى المسجد ، وإلا ما ذهب إليه أبو حنيفة من أن المرأة إنما تعتكف فى مسجد بيتها . وسبب اختلافهم فى اشتراط المسجد أو ترك اشتراطه هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى (ولا تُباشِرُوهُن وأنْتُمْ عاكِفُونَ فى المَساجِدِ) بين أن يكون له دليل خطاب أم لايكون له ؟ فمن قال له دليل خطاب قالَ : لااعتكاف إلا فى مسجد ، وإن من شرط الاعتكاف ترك المباشرة . ومن قال ليس له دليل خطاب قال : المفهوم منه أن الاعتكاف جائز فى غير المسجد وأنه لا يمنع المباشرة لأن قائلا لو قال : لاتعط فلانا شيئا إذا كان داخلا فى الدار لكان مفهوم دليل الخطاب يوجب أن تعطيه إذا كان خارج الدار ، ولكن هو قول شاذ . والجمهور على أن العكوف إنما أضيف إلى المساجد لأنها من شرطه . وأما سبب اختلافهم فى تخصيص بعض المساجد أو تعميمها فمعارضة العموم للقياس المخصص له ، فمن رجح العموم قال : فى كل مسجد على ظاهر الآية . ومن انقدح له تخصيص بعض المساجد من ذلك العموم بقياس اشترط أن يكون مسجدا فيه جمعة لئلا ينقطع عمل المعتكف بالخروج إلى الجمعة ، أو مسجداً تشد إليه المطى مثل مسجد النبى صلى الله عليه وسلم الذى وقع فيه اعتكافه ، ولم يقس سائر المساجد عليه إذ كانت غير

مساوية له فى الحرمة . وأما سبب اختلافهم فى اعتكاف المرأة فمعارضة القياس أيضا للأثر ، وذلك « أنه ثبت أن حفصة وعائشة وزينب أزواج النبى صلى الله عليه وسلم استأذنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الاعتكاف فى المسجد ، فأذن لهن حين ضربن أخبيتهن فيه » فكان هذا الأثر دليلا على جواز اعتكاف المرأة فى المسجد . وأما القياس المعارض لهذا فهو قياس الاعتكاف على الصلاة ، وذلك أنه لما كانت صلاة المرأة فى بيتها أفضل منها فى المسجد على ما جاء الخبر وجب أن يكون الاعتكاف فى بيتها أفضل . قالوا : وإنما يجوز للمرأة أن تعتكف فى المسجد مع زوجها فقط على نحو ما جاء فى الأثر من اعتكاف أزواجه عليه الصلاة والسلام معه كما تسافر معه ولا تسافر مفردة ، وكأنه نحو من الجمع بين القياس والأثر . وأما زمان الاعتكاف فليس لأكثره عندهم حد واجب ، وإن كان كلهم يختار العشر الأواخر من رمضان بل يجوز الدهر كله ، إما مطلقا عند من لايرى الصوم من شروطه ، وإما ما عدا الأيام التى لايجوز صومها عند من يرى الصوم من شروطه . وأما أقله فإنهم اختلفوا فيه ، وكذلك اختلفوا فى الوقت الذى يدخل فيه المعتكف لاعتكافه وفى الوقت الذى يخرج فيه منه . أما أقل زمان الاعتكاف ، فعند الشافعى وأبى حنيفة وأكثر الفقهاء أنه لاحد له . واختلف عن مالك فى ذلك فقيل ثلاثة أيام ، وقيل يوم وليلة . وقال ابن القاسم عنه أقله عشرة أيام ، وعند البغداديين من أصحابه أن العشرة استحباب وأن أقله يوم وليلة . . والسبب فى اختلافهم معارضة القياس للأثر ؛ أما القياس فإنه من اعتقد أن من شرطه الصوم قال : لايجوز اعتكاف ليلة ، وإذا لم يجز اعتكافه ليلة فلا أقل من يوم وليلة ، إذ انعقاد صوم النهار إنما يكون بالليل . وأما الأثر المعارض فما خرّجه البخارى من « أن عمر رضى الله عنه نذر أن يعتكف ليلة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفى بنذره » ولا معنى للنظر مع الثابت من مذهب الأثر . وأما اختلافهم فى الوقت الذى يدخل فيه المعتكف إلى اعتكافه إذا نذر أياما معدودة أو يوما واحدا ، فإن مالكا والشافعى وأبا حنيفة اتفقوا على أنه من نذر اعتكاف شهر أنه يدخل المسجد قبل غروب الشمس . وأما من نذر أن يعتكف يوما فإن الشافعى قال :

من أراد أن يعتكف يوما واحدا دخل قبل طلوع الفجر ، وخرج بعد غروبها . وأما مالك فقوله فى اليوم والشهر واحد بعينه . وقال زفر والليث : يدخل قبل طلوع الفجر ، واليوم والشهر عندهما سواء . وفرق أبو ثور بين نذر الليالى والأيام فقال : إذا نذر أن يعتكف عشرة أيام دخل قبل طلوع الفجر ، وإذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها . وقال الأوزاعى : يدخل فى اعتكافه بعد صلاة الصبح . والسبب فى اختلافهم معارضة الأقيسة بعضها بعضا ، ومعارضة الأثر لجميعها ؛ وذلك أنه من رأى أن أول الشهر ليلة واعتبر الليالى قال : يدخل قبل مغيب الشمس ، ومن لم يعتبر الليالى قال : يدخل قبل الفجر ، ومن رأى أن اسم اليوم يقع على الليل والنهار معا أوجب إن نذر يوما أن يدخل قبل غروب الشمس ، ومن رأى أنه إنما ينطلق على النهار أوجب الدخول قبل طلوع الفجر ، ومن رأى أن اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين أن ينذر أياما أو ليالى . والحق أن اسم اليوم فى كلام العرب قد يقال على النهار مفردا ، وقد يقال على الليل والنهار معا ، لكن يشبه أن يكون دلالته الأولى إنما هى على النهار ، ودلالته على الليل بطريق اللزوم. وأما الأثر المخالف لهذه الأقيسة كلها فهو ما خرّجه البخارى وغيره من أهل الصحيح عن عائشة قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف فى رمضان، وإذا صلى الغداة دخل مكانه الذى كان يعتكف فيه » . وأما وقت خروجه ، فإن مالكا رأى أن يخرج المعتكف العشر الأواخر من رمضان من المسجد إلى صلاة العيد على جهة الاستحباب ، وأنه إن خرج بعد غروب الشمس أجزأه . وقال الشافعى وأبو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس . وقال سحنون وابن الماجشون : إن رجع إلى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه . وسبب الاختلاف هل الليلة الباقية هى من حكم العشر أم لا ؟ وأما شروطه فثلاث : النية والصيام وترك مباشرة النساء . أما النية فلا أعلم فيها اختلافا . وأما الصيام فإنهم اختلفوا فيه ؛ فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة إلى أنه لا اعتكاف إلا بالصوم . وقال الشافعى : الاعتكاف جائز بغير صوم ، وبقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عنه فى ذلك ، وبقول الشافعى قال على وابن مسعود . والسبب فى اختلافهم أن اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما وقع

فى رمضان فمن رأى أن الصوم المقترن باعتكافه هو شرط فى الاعتكاف وإن لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قالا : لابد من الصوم مع الاعتكاف ، ومن رأى أنه إنما اتفق ذلك اتفاقا لاعلى أن ذلك كان مقصودا له عليه الصلاة والسلام فى الاعتكاف قال : ليس الصوم من شرطه . ولذلك أيضا سبب آخر وهو اقترانه مع الصوم فى آية واحدة . وقد احتج الشافعى بحديث عمر المتقدم وهو أنه أمره عليه الصلاة والسلام أن يعتكف ليلة والليل ليس بمحل للصيام . واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمن بن إسحاق عن عروة عن عائشة أنها قالت : السنة للمعتكف أن لايعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج إلا إلى ما لابد له منه ، ولا اعتكاف إلا بصوم ، ولا اعتكاف إلا فى مسجد جامع . قال أبو عمر بن عبد البر : لم يقل أحد فى حديث عائشة : هذا السنة إلا عبد الرحمن بن إسحق ، ولا يصح هذا الكلام عندهم إلا من قول الزهرى ، وإن كان الأمر هكذا بطل أن يجرى مجرى المسند . وأما الشرط الثالث وهى المباشرة فإنهم أجمعوا على أن المعتكف إذا جامع عامدا بطل اعتكافه إلا ما روى عن ابن لبابة فى غير المسجد ، واختلفوا فيه إذا جامع ناسيا ، واختلفوا أيضا فى فساد الاعتكاف بما دون الجماع من القبلة واللمس ، فرأى مالك أن جميع ذلك يفسد الاعتكاف . وقال أبو حنيفة : ليس فى المباشرة فساد إلا أن ينزل ، وللشافعى قولان : أحدهما مثل قول مالك . والثانى مثل قول أبى حنيفة . وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والمجاز له عموم أم لا ؟ وهو أحد أنواع الاسم المشترك ، فمن ذهب إلى أن له عموما قال : إن المباشرة فى قوله تعالى ـ ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد ـ ينطلق على الجماع وعلى ما دونه ، ومن لم ير عموما وهو الأشهر الأكثر قال : يدل إما على الجماع وإما على ما دون الجماع ، فإذا قلنا إنه يدل على الجماع باجماع بطل أن يدل على غير الجماع ، لأن الاسم الواحد لايدل على الحقيقة والمجاز معا ، ومن أجرى الإنزال بمنزلة الوقاع فلأنه فى معناه ، ومن خالف فلأنه لاينطلق عليه الاسم حقيقة ، واختلفوا فيما يجب على المجامع فقال الجمهور لاشىء عليه ، وقال قوم : عليه كفارة ، فبعضهم قال : كفارة المجامع فى رمضان ، وبه قال الحسن ، وقال قوم : يتصدق بدينارين ، وبه قال

مجاهد ، وقال قوم : يعتق رقبة ، فإن لم يجد أهدى بدنة ، فإن لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر . وأصل الخلاف هل يجوز القياس فى الكفارة أم لا ؟ والأظهر أنه لايجوز ، واختلفوا فى مطلق النذر بالاعتكاف هل من شرطه التتابع أم لا ؟ فقال مالك وأبوحنيفة : ذلك من شرطه . وقال الشافعى : ليس من شرطه ذلك . والسبب فى اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق . وأما موانع الاعتكاف ، فاتفقوا على أنها ما عدا الأفعال التى هى أعمال المعتكف وأنه لايجوز للمعتكف الخروج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو ما هو فى معناها مما تدعو إليه الضرورة لما ثبت من حديث عائشة أنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اعتكف يدنى إلىّ رأسه وهو فى المسجد فأرجله . وكان لايدخل البيت إلا لحاجة الإنسان » واختلفوا إذا خرج لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه ، فقال الشافعى : ينتقض اعتكافه عند أول خروجه وبعضهم رخص فى الساعة ، وبعضهم فى اليوم ، واختلفوا هل له أن يدخل بيتا غير بيت مسجده ؟ فرخص فيه بعضهم وهم الأكثر مالك والشافعى وأبو حنيفة . ورأى بعضهم أن ذلك يبطل اعتكافه ، وأجاز مالك له البيع والشراء وأن يلى عقد النكاح وخالفه غيره فى ذلك . وسبب اختلافهم أنه ليس فى ذلك حد منصوص عليه إلا الاجتهاد وتشبيه ما لم يتفقوا عليه بما اتفقوا عليه. واختلفوا أيضا هل للمعتكف أن يشترط فعل شىء مما يمنعه الاعتكاف فينفعه شرطه فى الإباحة أم ليس ينفعه مثل ذلك أن يشترط شهود جنازة أو غير ذلك ؟ فأكثر الفقهاء على أن شرطه لاينفعه ، وأنه إن فعل بطل اعتكافه ، وقال الشافعى : ينفعه شرطه . والسبب فى اختلافهم تشبيههم الاعتكاف بالحج فى أن كليهما عبادة مانعة لكثير من المباحات والاشتراط فى الحج إنما صار إليه من رآه لحديث ضباعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : أهِلّى بالحَجِّ واشْتَرِطِى أنْ تَحِلِّى حَيْثُ حَبَسْتَنِى » لكن هذا الأصل مختلف فيه فى الحج . فالقياس فيه ضعيف عند الخصم المخالف له . واختلفوا إذا اشترط التتابع فى النذر ، أو كان التتابع لازما ، فطلق النذر عند من يرى ذلك ما هى الأشياء التى إذا قطعت الاعتكاف أوجبت الاستئناف أو البناء مثل المرض ، فإن منهم من قال : إذا قطع المرض الأعتكاف بنى المعتكف وهو قول مالك

وأبي حنيفة والشافعي ، ومنهم من قال : يستأنف الاعتكاف ، وهو قول الثوري . ولاخلاف فيما أحسب عندهم أن الحائض تبني ،واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج ، وكذلك اختلفوا إذا جن المعتكف أو أغمى عليه هل يبني أو ليس يبني بل يستقل . والسبب في اختلافهم في هذا الباب أنه ليس في هذه الأشياء شيء محدود من قبل السمع ، فيقع التنازع من قبل تشبيههم ما اتفقوا عليه فيما اختلفوا فيه ، أعني بما اتفقوا عليه في هذه العبادة ، أو في العبادات التي من شرطها التتابع مثل صوم النهار وغيره . والجمهور على أن اعتكاف المتطوع إذا قطع لغير عذر أنه يجب فيه القضاء لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يعتكف العشر الأواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشرا من شوال وأما الواجب بالنذر فلا خلاف في قضائه فيما أحسب ، والجمهور على أن من أتى كبيرة انقطع اعتكافه ، فهذه جملة ما رأينا أن نثبته في أصول هذا الباب وقواعده ، والله الموفق والمعين ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما .

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على محمد وآله وسلم تسليما

كتاب الحج

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أجناس : الجنس الأول . يشتمل على الأشياء التي تجري من هذه العبادة مجرى المقدمات التي تجب معرفتها لعمل هذه العبادة . الجنس الثاني : في الأشياء التي تجري منها مجرى الأركان ، وهي الأمور المعمولة أنفسها والأشياء المتروكة . الجنس الثالث : في الأشياء التي تجري منها مجرى الأمور اللاحقة ، وهي أحكام الأفعال ، وذلك أن كل عبادة فإنها توجد مشتملة على هذه الثلاثة الأجناس .

الجنس الأول

وهذا الجنس يشتمل على شيئين : على معرفة الوجوب وشروطها ، وعلى من يجب ومتى يجب ؟ فأما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه ـ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ـ وأما شروط الوجوب

فإن الشروط قسمان : شروط صحة ، وشروط وجوب . فأما شروط الصحة فلا خلاف بينهم أن من شروطه الإسلام ، إذ لايصح حج من ليس بمسلم . واختلفوا فى صحة وقوعه من الصبى ، فذهب مالك والشافعى إلى جواز ذلك ، ومنع منه أبو حنيفة . وسبب الخلاف معارضة الأثر فى ذلك للأصول ، وذلك أن من أجاز ذلك أخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور ، وخرجه البخارى ومسلم. وفيه « أن امرأة رفعت إليه عليه الصلاة والسلام صبيا فقالت : ألهذا حج يارسول الله ؟ قال نَعَمْ وَلَكِ أجْرٌ » ومن منع ذلك تمسك بأن الأصل هو أن العبادة لاتصح من غير عاقل ، وكذلك اختلف أصحاب مالك فى صحة وقوعها من الطفل الرضيع ، وينبغى أن لايختلف فى صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة منه ، وهو كما قال عليه الصلاة والسلام « مِنَ السَّبْعِ إلَى العَشْرِ » وأما شروط الوجوب فيشترط فيها الإسلام على القول بأن الكفار مخاطبون بشرائع الإسلام ، ولا خلاف فى اشتراط الاستطاعة فى ذلك لقوله تعالى ـ من استطاع إليه سبيلا ـ وإن كان فى تفصيل ذلك اختلاف وهى بالجملة تتصور على نوعين : مباشرة ونيابة . فأما المباشر فلا خلاف عندهم أن من شرطها الاستطاع بالبدن والمال مع الأمن . واختلفوا فى تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال ، فقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد : وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب إن من شرط ذلك الزاد والراحلة . وقال مالك : من استطاع المشى فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب فى حقه بل يجب عليه الحج ، وكذلك ليس الزاد عنده من شرط الاستطاعة إذا كان ممن يمكنه الاكتساب فى طريقه ولو بالسؤال . والسبب فى هذا الخلاف معارضة الأثر الوارد فى تفسير الاستطاعة لعموم لفظها ، وذلك أنه ورد أثر عنه عليه الصلاة والسلام « أنه سئل ما الاستطاعة فقال : الزَّادُ والرَّاحلةُ » فحمل أبو حنيفة والشافعى ذلك على كل مكلف ، وحمله مالك على من لايستطيع المشى ولا له قوة على الاكتساب فى طريقه ، وإنما اعتقد الشافعى هذا الرأى لأن من مذهبه إذا ورد الكتاب مجملا ، فوردت السنة بتفسير ذلك المجمل أنه ليس ينبغى العدول عن ذلك التفسير . وأما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة ، فعند مالك وأبى حنيفة أنه لاتلزم

النيابة إذا استطاعت مع العجز عن المباشرة ، وعن الشافعى أنها تلزم فيلزم على مذهبه الذى عنده مال بقدر أن يحج به عنه غيره إذا لم يقدر هو ببدنه عنه غيره بماله وإن وجد من يحج عنه بماله وبدنه من أخ أو قريب سقط ذلك عنه ، وهى المسئلة التى يعرفونها بالمعضوب ، وهو الذى لايثبت على الراحلة ، وكذلك عنده الذى يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده أن يخرجوا من ماله بما يحج به عنه . وسبب الخلاف فى هذا معارضة القياس للأثر ، وذلك أن القياس يقتضى أن العبادات لاينوب فيها أحد عن أحد ، فإنه لايصلى أحد عن أحد باتفاق ولا يزكى أحد عن أحد . وأما الأثر المعارض لهذا فحديث ابن عباس المشهور ،خرّجه الشيخان ، وفيه « أن امرأة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله فريضة الله فى الحج على عباده أدركت أبى شيخا كبيرا لايستطيع أن يثبت على الراحلة ، أفأحج عنه ؟ قال : نَعَمْ » وذلك فى حجة الوداع ، فهذا فى الحى . وأما فى الميت فحديث ابن عباس أيضا خرّجه البخارى قال « جاءت امرأة من جهينة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن أمى نذرت الحج فماتت أفأحج عنها ؟ قال : حُجِّى عَنْها، أرأيْتَ لَوْ كانَ عَلَيْها دَيْنٌ أكُنْتِ قاضِيَتَهُ؟ دَيْنُ الله أحَقُّ بالقَضَاءِ » ولا خلاف بين المسلمين أنه يقع عن الغير تطوّعا ، وإنما الخلاف فى وقوعه فرضا . واختلفوا من هذا الباب فى الذى يحج عن غيره سواء كان حيا أو ميتا هل من شرطه أن يكون قد حج عن نفسه أم لا ؟ فذهب بعضهم إلى أن ذلك ليس من شرطه ، وإن كان قد أدى الفرض عن نفسه فذلك أفضل ، وبه قال مالك فيمن يحج عن الميت ، لأن الحج عنده عن الحى لايقع . وذهب آخرون إلى أن من شرطه أن يكون قد قضى فريضة نفسه ، وبه قال الشافعى وغيره أنه إن حج عن غيره من لم يقض فرض نفسه انقلب إلى فرض نفسه ، وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة ، قال : وَمَنْ شُبْرُمَةُ ؟ فقال : أخ لى ، أو قال قريب لى ، قال : أفَحَجَجْتَ عَنْ نَفْسِكَ ؟ قال لا ، قال : فحُجَّ عَنْ نَفْسِكَ ثُمَّ حُجَّ عَنْ شُبْرُمَةَ » والطائفة الأولى عللت هذا الحديث بأنه قد روى

موقوفا على ابن عباس . واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يؤاجر نفسه فى الحج فكره ذلك مالك والشافعى وقالا : إن وقع ذلك جاز ولم يجز ذلك أبو حنيفة ، وعمدته أنه قربة إلى الله عز وجل فلا تجوز الإجارة عليه ، وعمدة الطائفة الأولى إجماعهم على جواز الإجارة فى كَتْب المصاحف وبناء المساجد ، وهى قربة . والإجارة فى الحج عند مالك نوعان : أحدهما الذى يسميه أصحابه على البلاغ ، وهو الذى يؤاجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة ، فإن نقص ما أخذه عن البلاغ وفاه ما يبلغه ، وإن فضل عن ذلك شىء رده . والثانى على سنة الإجارة، وإن نقص شىء وفاه من عنده وإن فضل شىء فله . والجمهور على أن العبد لا يلزمه الحج حتى يُعتق ، وأوجبه عليه بعض أهل الظاهر ، فهذه معرفة على من تجب هذه الفريضة وممن تقع . وأما متى تجب فإنهم اختلفوا هل هى على الفور أو على التراخى ؟ والقولان متأوّلان على مالك وأصحابه ، والظاهر عند المتأخرين من أصحابه أنها على التراخى وبالقول إنها على الفور قال البغداديون من أصحابه . واختلف فى ذلك قول أبى حنيفة وأصحابه ، والمختار عندهم أنه على الفور . وقال الشافعى : هو على التوسعة ، وعمدة من قال هو على التوسعة أن الحج فرض قبل حج النبى صلى الله عليه وسلم بسنين ، فلو كان على الفور لما أخره النبى عليه الصلاة والسلام ، ولو أخره لعُذر لبينه ، وحجة الفريق الثانى أنه لما كان مختصا بوقت كان الأصل تأثيم تاركه حتى يذهب الوقت، أصله وقت الصلاة ، والفرق عند الفريق الثانى بينه وبين الأمر بالصلاة أنه لا يتكرر وجوبه بتكرار الوقت ، والصلاة يتكرر وجوبها بتكرار الوقت . وبالجملة فمن شبه أول وقت من أوقات الحج الطارئة على المكلف المستطيع بأول الوقت من الصلاة قال : هو على التراخى ، ومن شبهه بآخر الوقت من الصلاة قال : هو على الفور ، ووجه شبهه بآخر الوقت أنه ينقضى بدخول وقت لا يجوز فيه فعله كما ينقضى وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلى مؤديا ، ويحتج هؤلاء بالغرر الذى يلحق المكلف بتأخيره إلى عام آخر بما يغلب على الظن من مكان وقوع الموت فى مدة من عام ، ويرون أنه بخلاف تأخير الصلاة من أول الوقت إلى آخره ، لأن الغالب أنه لا يموت أحد فى مقدار ذلك الزمان إلا نادرا ، وربما قالوا : إن التأخير فى الصلاة يكون مع مصاحبة

الوقت الذى يؤدى فيه الصلاة ، والتأخير ههنا يكون مع دخول وقت لاتصح فيه العبادة ، فهو ليس يشبهه فى هذا الأمر المطلق ، وذلك أن الأمر المطلق عند من يقول إنه على التراخى ليس يؤدى التراخى فيه إلى دخول وقت لا يصح فيه وقوع المأمور فيه كما يؤدى التراخى فى الحج إذا دخل وقته فأخره المكلف إلى قابل ، فليس الاختلاف فى هذه المسئلة من باب اختلافهم فى مطلق الأمر هل هو على الفور أو على التراخى كما قد يظن . واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المرأة أن يكون معها زوج أو ذو محرم منها يطاوعها على الخروج معها إلى السفر للحج ؟ فقال مالك والشافعى : ليس من شرط الوجوب ذلك ، وتخرج المرأة إلى الحج إذا وجدت رفقة مأمونة . وقال أبو حنيفة وأحمد وجماعة : وجود ذى المحرم ومطاوعته لها شرط فى الوجوب . وسبب الخلاف معارضة الأمر بالحج والسفر إليه للنهى عن سفر المرأة ثلاثا إلا مع ذى محرم . وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة وابن عباس وابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا يَحِلُّ لامْرَأةٍ تُؤْمِنُ باللهِ واليَوْمِ الآخِرِ أنْ تُسافِرَ إلاَّ مَعَ ذى مَحْرَمٍ » فمن غلب عموم الأمر قال : تسافر للحج وإن لم يكن معها ذو محرم ، ومن خصص العموم بهذا الحديث أو رأى أنه من باب تفسير الاستطاعة قال : لاتسافر للحج إلا مع ذى محرم ، فقد قلنا فى وجوب هذا النسك الذى هو الحج وبأى شىء يجب وعلى من يجب ومتى يجب ؟ وقد بقى من هذا الباب القول فى حكم النسك الذى هو العمرة ، فإن قوما قالوا : إنه واجب ، وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد والثورى والأوزاعى ، وهو قول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجماعة من التابعين . وقال مالك وجماعة : هى سنة . وقال أبو حنيفة : هى تطوع ، وبه قال أبو ثور وداود ، فمن أوجبها احتج بقوله تعالى - وأَتِمُّوا الحَجَّ والعُمْرَةَ للهِ - وبآثار مروية ، منها ما روى عن ابن عمر عن أبيه قال « دخل أعرابى حسن الوجه أبيض الثياب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما الإسلام يا رسولَ الله ؟ فقال : أنْ تَشْهَدَ أنْ لاإلَهَ إلاَّ اللهُ وأنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللهِ وتُقِيمَ الصَّلاةَ وتُؤْتِيَ الزَّكاةَ وتَصُومَ شَهْرَ رَمَضَانَ وتَحُجَّ وتَعْتَمِرَ وتَغْتَسِلَ مِنَ الجَنابَةِ »

وذكر عبد الرزاق قال : أخبرنا معمر عن قتادة أنه كان يحدّث أنه « لما نزلت - ولله عَلَى النَّاسِ حِجُّ البَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : باثْنَتَيْنِ حَجَّةٌ وعُمْرَةٌ فَمَنْ قَضَاهُما فَقَدْ قَضَى الفَرِيضَةَ » وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « الحَج والعُمْرَةُ فَرِيضَتَانِ لايَضُرُّكَ بِأَيِّهِما بَدَأْتَ » وروى عن ابن عباس «العمرةُ واجبةٌ » وبعضهم يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم .
وأما حجة الفريق الثانى ، وهم الذين يرون أنها ليست واجبة ، فالأحاديث المشهورة الثابتة الواردة فى تعديد فرائض الإسلام من غير أن يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر « بنى الإسلام على خمس » فذكر الحج مفردا » ومثل حديث السائل عن الإسلام ، فإن فى بعض طرقه « وأنْ يَحُجَّ البَيْتَ » وربما قالوا إن الأمر بالإتمام ليس يقتضى الوجوب ، لأن هذا يخص السنن والفرائض أعنى إذا شرع فيها أن تتم ولا تقطع ، واحتج هؤلاء أيضا أعنى من قال إنها سنة بآثار ، منها حديث الحجاج بن أرطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال « سأل رجل النبى صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هى ؟ قال : لا ولأنْ تَعْتَمِرَ خَيْرٌ لكَ » قال أبو عمر بن عبد البر : وليس هو حجة فيما انفرد به ، وربما احتج من قال إنها تطوع بما روى عن أبى صالح الحنفى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحَجُّ وَاجِبٌ والعُمْرَةُ تَطَوُّعٌ » وهو حديث منقطع . فسبب الخلاف فى هذا هو تعارض الآثار فى هذا الباب ، وتردد الأمر بالتمام بين أن يقتضى الوجوب أم لايقتضيه .

القول فى الجنس الثانى

وهو تعريف أفعال هذه العبادة فى نوع نوع منها والتروك المشترطة فيها . وهذه العبادة كما قلنا صنفان : حج وعمرة ، والحج ثلاثة أصناف : إفراد وتمتع وقران ، وهى كلها تشتمل على أفعال محدودة فى أمكنة محدودة وأوقات محدودة ، ومنها فرض ، ومنها غير فرض ، وعلى تروك تشترط فى تلك الأفعال ولكل من هذه أحكام محدودة إما عند الإخلال بها ، وإما عند الطوارئ المانعة .

منها ، فهذا الجنس ينقسم أوّلا إلى القول فى الأفعال وإلى القول فى التروك . وأما الجنس الثالث فهو الذى يتضمن القول فى الأحكام فلنبدأ بالأفعال ، وهذه منها ما تشترك فيه هذه الأربعة الأنواع من النسك ، أعنى أصناف الحج الثلاث ، والعمرة ، ومنها مايختص بواحد واحد منها ، فلنبدأ من القول فيها بالمشترك ثم نصير إلى مايخص واحدا واحدا منها ، فنقول : إن الحج والعمرة أول أفعالهما الفعل الذى يسمى الإحرام .

القول فى شروط الإحرام

والإحرام شروطه الأول المكان والزمان ، أما المكان فهو الذى يسمى مواقيت الحج ، فلنبدأ بهذا فنقول : إن العلماء بالجملة مجمعون على أن المواقيت التى منها يكون الإحرام ، أما لأهل المدينة فذو الحليفة ، وأما لأهل الشام فالجحفة ، ولأهل نجد قرْن ، ولأهل اليمن يلملم ، لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر وغيره . واختلفوا فى ميقات أهل العراق فقال جمهور فقهاء الأمصار ميقاتهم من ذات عرق . وقال الشافعى والثورى : إن أهلوا من العقيق كان أحب . واختلفوا فيمن أقته لهم فقالت طائفة : عمر ابن الخطاب . وقالت طائفة : بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذى أقت لأهل العراق ذات عرق والعقيق . وروى ذلك من حديث جابر وابن عباس وعائشة . وجمهور العلماء على أن من يخطئ هذه وقصده الإحرام فلم يحرم إلا بعدها أن عليه دما ، وهؤلاء منهم من قال : إن رجع إلى الميقات فأحرم منه سقط عنه الدم ومنهم الشافعى . ومنهم من قال : لايسقط عنه الدم وإن رجع ، وبه قال مالك . وقال قوم : ليس عليه دم . وقال آخرون : إن لم يرجع إلى الميقات فسد حجه وأنه يرجع إلى الميقات فيهل منه بعمرة وهذا يذكر فى الأحكام . وجمهور العلماء على أن من كان منزله دونهن فميقات إحرامه من منزله . واختلفوا هل الأفضل إحرام الحاج منهن أو من منزله إذا كان منزله خارجا منهن ؟ فقال قوم : الأفضل له من منزله ، والإحرام منها رخصة وبه قال الشافعى وأبوحنيفة والثورى وجماعة . وقال مالك وإسحاق وأحمد : إحرامه من المواقيت أفضل ، وعمدة هؤلاء الأحاديث المتقدمة ، وأنها السنة التى سنها رسول الله

صلى الله عليه وسلم فهي أفضل . وعمدة الطائفة الأخرى أن الصحابة قد أحرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا : وهم أعرف بالسنة ، وأصول أهل الظاهر تقتضى أن لايجوز الإحرام إلا من الميقات إلا أن يصح إجماع على خلافه . واختلفوا فيمن ترك الإحرام من ميقاته وأحرم من ميقات آخر غير ميقاته ، مثل أن يترك أهل المدينة الإحرام من ذى الحليفة ويحرموا من الجحفة ، فقال قوم : عليه دم ، وممن قال به مالك وبعض أصحابه . وقال أبوحنيفة : ليس عليه شيء . وسبب الخلاف هل هو من النسك الذى يجب فى تركه الدم أم لا ؟ ولا خلاف أنه لايلزم الإحرام من مر بهذه المواقيت ممن أراد الحج أو العمرة . وأما من لم يردهما ومر بهما فقال قوم : كل من مر بهما يلزمه الإحرام إلا من يكثر تردداه مثل الحطابين وشبههم ، وبه قال مالك. وقال قوم : لايلزوم الإحرام بها إلا لمريد الحج أو العمرة ، وهذا كله لمن ليس من أهل مكة . وأما أهل مكة فإنهم يحرمون بالحج منها ، أو بالعمرة يخرجون إلى الحل ولا بد . وأما متى يحرم بالحج أهل مكة فقيل إذا رأوا الهلال ، وقيل إذا خرج الناس إلى منى فهذا هو ميقات المكان المشترط لأنواع هذه العبادة .

القول فى ميقات الزمان

وأما ميقات الزمان فهو محدود أيضا فى أنواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذى الحجة باتفاق . وقال مالك : الثلاثة الأشهر كلها محل للحج . وقال الشافعى : الشهران وتسع من ذى الحجة . وقال أبوحنيفة : عشر فقط . ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه وتعالى ـ الحَجُّ أشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ ـ فوجب أن يطلق على جميع أيام ذى الحجة أصله انطلاقه على جميع أيام شوال وذى القعدة . ودليل الفريق الثانى انقضاء الإحرام قبل تمام الشهر الثالث بانقضاء أفعاله الواجبة . وفائدة الخلاف تأخر طواف الإفاضة إلى آخر الشهر . وإن أحرم بالحج قبل أشهر الحج كرهه مالك ولكن صح إحرامه عنده . وقال غيره : لا يصح إحرامه . وقال الشافعى ينعقد إحرامه إحرام عمرة ، فمن شبهه بوقت الصلاة قال : لايقع قبل الوقت ، ومن اعتمد عموم قوله تعالى ـ وأتِمُّوا الحَجَّ والعُمْرَةَ لله ـ قال متى أحرم انعقد إحرامه

لانه مأمور بالإتمام ، وربماشبهوا الحج فى هذا المعنى بالعمرة ، وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة . فأما مذهب الشافعى فهو مبنى على أن من التزم عبادة فى وقت نظيرتها انقلبت إلى النظير ، مثل أن يصوم نذرا فى أيام رمضان ، وهذا الأصل فيه اختلاف فى المذهب . وأما العمرة فإن العلماء اتفقوا على جوازها فى كل أوقات السنة لأنها كانت فى الجاهلية لاتصنع فى أيام الحج ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام « دَخَلَتِ العُمْرَةُ فى الحَجِّ إلى يَوْمِ القيامَةِ » وقال أبوحنيفة : تجوز فى كل السنة إلا يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق فإنها تكره . واختلفوا فى تكريرها فى السنة الواحدة مرارا ، فكان مالك يستحب عمرة فى كل سنة ، ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاثا فى السنة الواحدة. وقال الشافعى وأبوحنيفة : لاكراهية فى ذلك فهذا هوالقول فى شروط الإحرام الزمانية والمكانية . وينبغى بعد ذلك أن نصير إلى القول فى الإحرام ، وقبل ذلك ينبغى أن نقول فى تروكه ، ثم نقول بعد ذلك فى الأفعال الخاصة بالمحرم إلى حين إحلاله وهى أفعال الحج كلها وتروكه ، ثم نقول فى أحكام الإخلال بالتروك والأفعال ولنبدأ بالتروك .

القول فى التروك

وهو ما يمنع الإحرام من الأمور المباحة للحلال

والأصل فى هذا الباب ما ثبت من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر « أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتَلْبَسُوا القُمُصَ ولا العَمائِمَ ولا السَّرَاويلاتَ ولا البَرَانِسَ ولا الخِفافَ إلاَّ أحَدٌ لا يَجِدُ نَعْلَيْنِ فَيَلْبَسُ خُفَّيْنِ وليَقْطَعْهُما أسْفَلَ مِنَ الكَعْبَيْنِ ولا تَلْبَسوا مِنَ الثِّيابِ شَيْئا مَسَّهُ الزَّعْفَرَانُ ولا الوَرْسُ » فاتفق العلماء على بعض الأحكام الواردة فى هذا الحديث واختلفوا فى بعضها ، فمما اتفقوا عليه أنه لايلبس المحرم قميصا ولا شيئا مما ذكر فى هذا الحديث ولا ما كان فى معناه من مخيط الثياب وأن هذا مخصوص بالرجال ، أعنى تحريم لبس المخيط ، وأنه

لابأس للمرأة بلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والخمر . واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل هل له لباسها ؟ فقال مالك وأبوحنيفة : لايجوز له لباس السراويل وإن لبسها افتدى . وقال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وداود لاشيء عليه إذا لم يجد إزارا ، وعمدة مذهب مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال : ولوكان في ذلك رخصة لاستثناها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى في لبس الخفين . وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « السَّرَاوِيلُ لِمَنْ لَمْ يَجِدِ الإزَارَ والخُفُّ لِمَنْ لَمْ يَجِدِ النَّعْلَيْنِ » وجمهور العلماء على إجازة لباس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعلين . وقال أحمد : جائز لمن لم يجد النعلين أن يلبس الخفين غير مقطوعين أخذا بمطلق حديث ابن عباس . وقال عطاء : في قطعهما فساد والله لا يحب الفساد . واختلفوا فيمن لبسهما مقطوعين مع وجود النعلين ، فقال مالك : عليه الفدية ، وبه قال أبو ثور . وقال أبوحنيفة : لا فدية عليه ، والقولان عن الشافعي ، وسنذكر هذا في الأحكام . وأجمع العلماء على أن المحرم لايلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر « لاتلبسوا من الثياب شيئا مسه الزعفران ولا الورس » واختلفوا في المعصفر فقال مالك ليس به بأس فإنه ليس بطيب . وقال أبوحنيفة والثوري هو طيب وفيه الفدية ، وحجة أبي حنيفة ما خرّجه مالك عن علي « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس القسي وعن لبس المعصفر » وأجمعوا على أن إحرام المرأة في وجهها وأن لها أن تغطي رأسها وتستر شعرها ، وأن لها أن تسدل ثوبها على وجهها من فوق رأسها سدلا خفيفا تستتر به عن نظر الرجال إليها كنحو ما روى عن عائشة أنها قالت « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فإذا مربنا ركب سدلنا على وجوهنا الثوب من قبل رءوسنا ، وإذا جاوز الركب رفعناه » ولم يأت تغطية وجوههن إلا ما رواه مالك عن فاطمة بنت المنذر أنها قالت « كنا نخمر وجوهنا ونحن محرمات مع أسماء بنت أبي بكر الصديق » . واختلفوا في تخمير المحرم وجهه بعد إجماعهم على أنه لايخمر رأسه ، فروى مالك

عن ابن عمر أن ما فوق الذقن من الرأس لايخمره المحرم ، وإليه ذهب مالك . وروى عنه أنه إن فعل ذلك ولم ينزعه مكانه افتدى . وقال الشافعى والثورى وأحمد وأبو داود وأبو ثور يخمر المحرم وجهه إلى الحاجبين. وروى من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن أبى وقاص . واختلفوا فى لبس القفازين للمرأة فقال: مالك إن لبست المرأة القفازين افتدت، ورخص فيه الثورى، وهو مروى عن عائشة . والحجة لمالك ما خرجه أبو داود عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن النقاب والقفازين وبعض الرواة يرويه موقوفا عن ابن عمر ، وصححه بعض رواة الحديث، أعنى رفعه إلى النبى عليه الصلاة والسلام، فهذا هو مشهور اختلافهم واتفاقهم فى اللباس ، وأصل الخلاف فى هذا كله اختلافهم فى قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته أو لا ثبوته، وأما الشىء الثانى من المتروكات فهو الطيب، وذلك أن العلماء أجمعوا على أن الطيب كله يحرم على المحرم بالحج والعمرة فى حال إحرامه . واختلفوا فى جوازه للمحرم عند الإحرام قبل أن يحرم لما يبقى من أثره عليه بعد الإحرام، فكرهه قوم وأجازه آخرون ، وممن كرهه مالك، ورواه عن عمر بن الخطاب ، وهو قول عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين . وممن أجازه أبو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد وداود ، والحجة لمالك رحمه الله من جهة الأثر حديث صفوان ابن يعلى ثبت فى الصحيحين، وفيه « أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم بجبة مضمخة بطيب ، فقال : يا رسول الله كيف ترى فى رجل أحرم بعمرة فى جبة بعد ما تضمخ بطيب ؟ فأنزل الوحى على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أفاق قال : أَيْنَ السَّائِلُ عَنِ العُمْرَةِ آنِفا ؟ فالْتُمِسَ الرَّجُلُ فَأُتِىَ بِهِ ، فقال عليه الصلاة والسلام : أَمَّا الطِّيبُ الَّذِى بِكَ فاغْسِلْهُ عَنْكَ ثَلاثَ مَرَّاتٍ ، وأمَّا الجُبَّةَ فانْزِعْهَا ثُمَّ اصْنَعْ ماشِئْتَ فى عُمْرَتِكَ كما تَصْنَعُ فى حَجَّتِكَ » اختصرت الحديث ، وفقهه هو الذى ذكرت . وعمدة الفريق الثانى ما رواه مالك عن عائشة أنها قالت « كنت أطيب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت» واعتل الفريق الأول بما روى عن عائشة أنها قالت — وقد بلغها إنكار

ابن عمر تطيب المحرم قبل إحرامه – « يرحم الله أبا عبد الرحمن طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم أصبح محرما » قالوا : وإذا طاف على نسائه اغتسل ، فإنما يبقى عليه أثر ريح الطيب لاجرمه نفسه ، قالوا : ولما كان الإجماع قد انعقد على أن كل ما لايجوز للمحرم ابتداؤه وهو محرم ، مثل لبس الثياب وقتل الصيد لايجوز له استصحابه وهو محرم ، فوجب أن يكون الطيب كذلك . فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا الحكم . وأما المتروك الثالث فهو مجامعة النساء ، وذلك أنه أجمع المسلمون على أن وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى – فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ – . وأما الممنوع الرابع وهو إلقاء التفث وإزالة الشعر وقتل القمل ، ولكن اتفقوا على أنه يجوز له غسل رأسه من الجنابة ، واختلفوا في كراهية غسله من غير الجنابة ، فقال الجمهور : لابأس بغسله رأسه . وقال مالك : بكراهية ذلك ، وعمدته أن عبد الله بن عمر كان لايغسل رأسه وهو محرم إلا من الاحتلام . وعمدة الجمهور ما رواه مالك عن عبد الله بن جبير « أن ابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالأبواء ، فقال عبد الله : يغسل المحرم رأسه ، وقال المسور بن مخرمة : لايغسل المحرم رأسه ، قال : فأرسلني عبد الله بن عباس إلى أبي أيوب الأنصاري قال : فوجدته يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب ، فسلمت عليه فقال : من هذا ؟ فقلت عبد الله بن جبير أرسلني إليك عبد الله بن عباس أسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم ، فوضع أبو أيوب يده على الثوب فتطأطأ حتى بدا لي رأسه ثم قال لإنسان يصب عليه اصبب ، فصب على رأسه ، ثم حرك رأسه بيديه فأقبل بهما وأدبر ، ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل » وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم ويقول : « ما يزيده الماء إلا شعثا » رواه مالك في الموطأ ، وحمل مالك حديث أبي أيوب على غسل الجنابة والحجة له إجماعهم على أن المحرم ممنوع من قتل القمل ونتف الشعر وإلقاء التفث وهو الوسخ ، والغاسل رأسه هو إما أن يفعل هذه كلها أو بعضها . واتفقوا على منع غسله رأسه بالخطمى . وقال مالك وأبو حنيفة : إن فعل ذلك افتدى . وقال أبو ثور وغيره : لاشيء عليه . واختلفوا في الحمام فكان مالك يكره

ذلك ، ويرى أن على من دخله الفدية . وقال أبو حنيفة والشافعي والثورى وداود : لا بأس بذلك . وروى عن ابن عباس دخول الحمام وهو محرم من طريقين ، والأحسن أن يكره دخوله لأن المحرم منهى عن إلقاء التفث .

وأما المحظور الخامس فهو الاصطياد ، وذلك أيضا مجمع عليه لقوله سبحانه وتعالى - وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ البَرِّ ما دُمْتُمْ حُرُما - وقوله تعالى - لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وأنْتُمْ حُرُمٌ - وأجمعوا على أنه لا يجوز له صيده ولا أكل ما صاد هو منه ، واختلفوا إذا صاده حلال هل يجوز للمحرم أكله ؟ على ثلاثة أقوال : قول إنه يجوز له أكله على الإطلاق ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو قول عمر بن الخطاب والزبير . وقال قوم : هو محرَّم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلى وابن عمر ، وبه قال الثورى . وقال مالك : ما لم يصد من أجل المحرم أو من أجل قوم محرمين فهو حلال ، وما صيد من أجل محرم فهو حرام على المحرم . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك ، فأحدها ما خرجه مالك من حديث أبى قتادة « أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى إذا كانوا ببعض طرق مكة تخلف مع أصحاب له محرمين وهو غير محرم ، فرأى حمارا وحشيا فاستوى على فرسه فسأل أصحابه أن يناولوه سوطه فأبوا عليه فسألهم رمحه فأبوا عليه ، فأخذه ثم شد على الحمار فقتله ، فأكل منه بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بعضهم ، فلما أدركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك فقال : إِنَّمَا هِيَ طُعْمَةٌ أطْعَمَكُمُوها اللهُ » وجاء أيضا فى معناه حديث طلحة بن عبيد الله ذكره النسائى أن عبد الرحمن التيمى قال : كنا مع طلحة ابن عبيد الله ونحن محرمون ، فأهدى له ظبى وهو راقد ، فأكل بعضنا ، فاستيقظ طلحة فوافق على أكله وقال : أكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . والحديث الثانى حديث ابن عباس خرجه أيضا مالك « أنه أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالأبواء أو بودَّان فرده عليه وقال : إنَّا لَمْ نَرُدَّهُ عَلَيْكَ إلاَّ أنَّا حُرُمٌ » وللاختلاف سبب آخر ، وهو هل يتعلق النهى عن الأكل بشرط القتل ، أو يتعلق بكل واحد منهما النهى عن الانفراد ؟ فمن أخذ

بحديث أبى قتادة قال : إن النهى إنما يتعلق بالأكل مع القتل ، ومن أخذ بحديث ابن عباس قال : النهى يتعلق بكلّ واحد منهما على انفراده ، فمن ذهب فى هذه الأحاديث مذهب الترجيح قال : إما بحديث أبى قتادة ، وإما بحديث ابن عباس ، ومن جمع بين الأحاديث قال بالقول الثالث قالوا : والجمع أولى ، وأكدوا ذلك بما روى عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال «صَيْدُ الْبَرِّ حَلَالٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ مَا لَمْ تَصِيدُوهُ أَوْ يُصَدْ لَكُمْ» واختلفوا فى المضطر هل يأكل الميتة أو يصيد فى الحرم ؟ فقال مالك وأبو حنيفة والثورى وزفر وجماعة : إذا اضطر أكل الميتة ولحم الخنزير دون الصيد . وقال أبو يوسف : يصيد ويأكل وعليه الجزاء ، والأول أحسن للذريعة . وقال أبو يوسف : أقيس لأن تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الأغراض ، وما حرم لعلة أخف مما حرم لعينه ، وما هو محرم لعينه أغلظ ، فهذه الخمسة اتفق المسلمون على أنها من محظورات الإحرام . واختلفوا فى نكاح المحرم فقال مالك والشافعى والليث والأوزاعى : لاينكح المحرم ولا ينكح ، فإن نكح فالنكاح باطل ، وهو قول عمر وعلى بن أبى طالب وابن عمر وزيد ابن ثابت . وقال أبو حنيفة والثورى : لابأس بأن ينكح المحرم أوأن ينكح . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك فأحدها ما رواه مالك من حديث عثمان بن عفان أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاَيَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلاَيُنْكِحُ وَلاَيَخْطُبُ » والحديث المعارض لهذا حديث ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم » خرجه أهل الصحاح إلا أنه عارضته آثار كثيرة عن ميمونة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال » رويت عنها من طرق شتى عن أبى رافع وعن سليمان ابن يسار وهو مولاها ، وعن زيد بن الأصم ، ويمكن الجمع بين الحديثين بأن يحمل الواحد على الكراهية والثانى على الجواز ، فهذه هى مشهورات ما يحرم على المحرم ، وأما متى يحل فسنذكره عند ذكرنا أفعال الحج ، وذلك أن المعتمر يحل إذا طاف وسعى وحلق . واختلفوا فى الحاج على ماسيأتى بعد ، وإذ قد قلنا فى تروك المحرم فلنقل فى أفعاله :

القول فى أنواع هذا النسك

والمحرمون إما محرم بعمرة مفردة أو محرم بحج مفرد ، أوجامع بين الحج والعمرة ، وهذان ضربان : إما متمتع ، وإما قارن ، فينبغى أولا أن نجرد أصناف هذه المناسك الثلاث ثم نقول ما يفعل المحرم فى كلها، وما يخص واحداً واحداً منها إن كان هنالك مايخص ، وكذلك نفعل فيما بعد الإحرام من أفعال الحج إن شاء الله تعالى .

القول فى شرح أنواع هذه المناسك

فنقول : إن الإفراد هو ما يتعرى عن صفات التمتع والقران ، فلذلك يجب أن نبدأ أولا بصفة التمتع ، ثم نردف ذلك بصفة القران .

القول فى التمتع

فنقول : إن العلماء اتفقوا على أن هذا النوع من النسك الذى هو المعنى بقوله سبحانه ـ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالعُمْرَةِ إلى الحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الهَدْيِ ـ هو أن يهل الرجل بالعمرة فى أشهر الحج من الميقات ، وذلك إذا كان مسكنه خارجا عن الحرم ، ثم يأتى حتى يصل البيت فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق فى تلك الأشهر بعينها ، ثم يحل بمكة ، ثم ينشئ الحج فى ذلك العام بعينه وفى تلك الأشهر بعينها من غير أن ينصرف إلى بلده إلا ما روى عن الحسن أنه كان يقول هو متمتع وإن عاد إلى بلده ولم يحج : أى عليه هدى المتمتع المنصوص عليه فى قوله تعالى ـ فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ـ لأنه كان يقول عمرة فى أشهر الحج متعة . وقال طاوس : من اعتمر فى غير أشهر الحج ثم أقام حتى الحج وحج من عامه أنه متمتع . واتفق العلماء على أن من لم يكن من حاضرى المسجد الحرام فهو متمتع . واختلفوا فى المكى هل يقع منه التمتع أم لايقع ؟ والذين قالوا إنه يقع منه اتفقوا على أنه ليس عليه دم لقوله تعالى ـ ذلكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حاضِرِى المَسْجِدِ الحَرَامِ ـ واختلفوا فيمن هو حاضر المسجد الحرام ممن ليس هو ، فقال مالك : حاضرو المسجد الحرام

هم أهل مكة وذى طوى ، وما كان مثل ذلك من مكة . وقال أبو حنيفة : هم أهل المواقيت فمن دونهم إلى مكة . وقال الشافعى بمصر : من كان بينه وبين مكة ليلتان وهو أكمل المواقيت . وقال أهل الظاهر : من كان ساكن الحرم. وقال الثورى : هم أهل مكة فقط . وأبو حنيفة يقول : إن حاضرى المسجد الحرام لايقع منهم التمتع ، وكره ذلك مالك . وسبب الاختلاف اختلاف ما يدل عليه اسم حاضرى المسجد الحرام بالأقل والأكثر ، ولذلك لايشك أن أهل مكة هم من حاضرى المسجد الحرام كما لايشك أن من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ، ومعنى التمتع أنه تمتع بتحلله بين النسكين وسقوط السفر عنه مرة ثانية إلى النسك الثانى الذى هو الحج ، وهنا نوعان من التمتع اختلف العلماء فيهما : أحدهما فسخ الحج فى عمرة ، وهو تحويل النية من الإحرام بالحج إلى العمرة ، فجمهور العلماء يكرهون ذلك من الصدر الأول وفقهاء الأمصار . وذهب ابن عباس إلى جواز ذلك ، وبه قال أحمد وداود وكلهم متفقون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه عام حج بفسخ الحج فى العمرة وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لَوِ اسْتَقْبَلْتُ مِنْ أَمْرِى ما اسْتَدْبَرْتُ لَمَا سُقْتُ الهَدْىَ وجَعَلْتُهَا عُمْرَةً » وأمره لمن لم يسق الهدى من أصحابه أن يفسخ إهلاله فى العمرة ، وبهذا تمسك أهل الظاهر ، والجمهور رأوا ذلك من باب الخصوص لأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واحتجوا بما روى عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن الحارث بن بلال ابن الحارث المدنى عن أبيه قال « قلت يا رسول الله أفسخ لنا خاصة أم لمن بعدنا ؟ قال : لَنا خاصّةً » وهذا لم يصح عند أهل الظاهر صحة يعارض بها العمل المتقدم . وروى عن عمر أنه قال « متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما : متعة النساء ، ومتعة الحج » وروى عن عثمان أنه قال : متعة الحج كانت لنا وليست لكم . وقال أبو ذر : ما كان لأحد بعدنا أن يحرم بالحج ثم يفسخه فى عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى ـ وأتموا الحج والعمرة لله ـ . والظاهرية على أن الأصل اتباع فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله أو سنة ثابتة على أنه خاص . فسبب الاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم أو على الخصوص .

وأما النوع الثانى من التمتع فهو ما كان يذهب إليه ابن الزبير من أن التمتع الذى ذكره الله هو تمتع المحصر بمرض أو عدو ، وذلك إذا خرج الرجل حاجا فحبسه عدو أو أمر تعذر به عليه الحج حتى تذهب أيام الحج ، فيأتى البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ، ويحل ثم يتمتع بحله إلى العام المقبل ، ثم يحج ويهدى ، وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور إجماعا . وشذ طاوس أيضا فقال : إن المكى إذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدى . واختلف العلماء فيمن أنشأ عمرة فى غير أشهر الحج ثم عملها فى أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك ، فقال مالك : عمرته فى الشهر الذى حل فيه ، فإن كان حل فى أشهر الحج فهو متمتع ، وإن كان حل فى غير أشهر الحج فليس بمتمتع . وبقريب منه قال أبو حنيفة والشافعى والثورى ، إلا أن الثورى اشترط أن يوقع طوافه كله فى شوال ، وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إن طاف ثلاثة أشواط فى رمضان وأربعة فى شوال كان متمتعا ، وإن كان عكس ذلك لم يكن متمتعا أعنى أن يكون طاف أربعة أشواط فى رمضان وثلاثة فى شوال . وقال أبو ثور : إذا دخل فى العمرة فى غير أشهر الحج فسواء طاف لها فى غير أشهر الحج أو فى أشهر الحج لا يكون متمتعا . وسبب الاختلاف هل يكون متمتعا بإيقاع إحرام العمرة فى أشهر الحج فقط أم بإيقاع الطواف معه ؟ ثم إن كان بإيقاع الطواف معه فهل بإيقاعه كله أم أكثره ؟ فأبو ثور يقول : لا يكون متمتعا إلا بإيقاع الإحرام فى أشهر الحج ، لأن بالإحرام تنعقد العمرة . والشافعى يقول : الطواف هو أعظم أركانها ، فوجب أن يكون به متمتعا ؛ فالجمهور على أن من أوقع بعضها فى أشهر الحج كمن أوقعها كلها ، وشروط التمتع عند مالك ستة : أحدها أن يجمع بين الحج والعمرة فى شهر واحد . والثانى أن يكون ذلك فى عام واحد . والثالث أن يفعل شيئا من العمرة فى أشهر الحج . والرابع أن يقدم العمرة على الحج . والخامس أن ينشئ الحج بعد الفراغ من العمرة وإحلاله منها . والسادس أن يكون وطنه غير مكة ، فهذه هى صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق .

القول فى القارن

وأما القران فهو أن يهل بالنسكين معا أو يهل بالعمرة فى أشهر الحج ، ثم

يردف ذلك بالحج قبل أن يهل من العمرة . واختلف أصحاب مالك فى الوقت الذى يكون له فيه ، فقيل ذلك له مالم يشرع فى الطواف ولو شوطا واحدا ، وقيل ما لم يطف ويركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع ، فإن فعل لزمه ، وقيل له ذلك ما بقى عليه شيء من عمل العمرة من طواف أو سعى ، ما خلا أنهم اتفقوا على أنه إذا أهلّ بالحج ولم يبق عليه من أفعال العمرة إلا الحلاق فإنه ليس بقارن ، والقارن الذى يلزمه هدى المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضرى المسجد الحرام ، إلا ابن الماجشون من أصحاب مالك ، فإن القارن من أهل مكة عنده عليه الهدى . وأما الإفراد فهو ما تعرّى من هذه الصفات ، وهو أن لا يكون متمتعا ولا قارنا بل أن يهل بالحج فقط .

وقد اختلف العلماء أىّ أفضل هل الإفراد أو القران أو التمتع ؟ . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك ، وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان مفردا وروى أنه تمتع وروى عنه أنه كان قارنا فاختار مالك الإفراد ، واعتمد فى ذلك على ما روى عن عائشة أنها قالت «خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع ، فمنا من أهلّ بعمرة ، ومنا من أهل بحج وعمرة ، وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج » ورواه عن عائشة من طرق كثيرة قال أبو عمر بن عبد البر : وروى الإفراد عن النبى صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله من طرق شتّى متواترة صحاح ، وهو قول أبى بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر . والذين رأوا أن النبى صلى الله عليه وسلم كان متمتعا احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال « تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عام حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وأهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة » وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن عباس وابن الزبير . واختلف عن عائشة فى التمتع والإفراد . واعتمد من رأى أنه عليه الصلاة والسلام كان قارنا أحاديث كثيرة ، منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادى العقيق « أتانى اللَّيْلَةَ آتٍ مِنْ رَبِّى فَقَالَ : أَهِلَّ فِى هَذَا الوَادِى المُبَارَكِ وَقُلْ عُمْرَةٌ فِى حَجَّةٍ » خرجه البخارى ، وحديث مروان بن الحكم قال «شهدت

عثمان وعليا وعثمان ينهى عن المتعة وأن يجمع بينهما ، فلما رأى ذلك على أهل بهما : لبيك بعمرة وحجة ، وقال : ما كنت لأدع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول أحد » خرجه البخارى ، وحديث أنس خرجه البخارى أيضا قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لَبَّيْكَ عُمْرَةً وَحَجَّةً » وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة ، ثم قال رسول الله : مَنْ كانَ مَعَهُ هَدْيٌ فلْيُهِلَّ بالحَجِّ مَعَ العُمْرَةِ ، ثُمَّ لا يَحِلُّ حَتَّى يَحِلَّ مِنْهُما جَمِيعا » واحتجوا فقالوا : ومعلوم أنه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى ، ويبعد أن يأمر بالقران من معه هدى ويكون معه هدى ولا يكون قارنا . وحديث مالك أيضا عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « إنى قَلَّدْتُ هَدْيِي وَلَبَّدْتُ رأسِي فَلا أُحِلُّ حَتَّى أَنْحَرَ هَدْيِي » وقال أحمد : لا أشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارنا ، والتمتع أحب إلىّ ، واحتج فى اختياره التمتع بقوله عليه الصلاة والسلام « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما سقت الهدى ولجعلتها عمرة » واحتج من طريق المعنى من رأى أن الإفراد الأفضل أن التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم . وإذ قلنا فى وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شروط وجوبه ومتى يجب وفى أى وقت يجب ومن أى مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجتنبه المحرم بما هو محرم ، ثم قلنا أيضا فى أنواع هذا النسك يجب أن نقول فى أول أفعال الحاج أو المعتمر وهو الإحرام .

القول فى الإحرام

واتفق جمهور العلماء على أن الغسل للإهلال سنة ، وأنه من أفعال المحرم حتى قال ابن نوار : إن هذا الغسل للإهلال عند مالك أوكد من غسل الجمعة . وقال أهل الظاهر : هو واجب . وقال أبو حنيفة والثورى يجزئ منه الوضوء وحجة أهل الظاهر مرسل مالك من حديث أسماء بنت عميس أنها ولدت محمد بن أبى بكر بالبيداء ، فذكر ذلك أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم

فقال : مُرْها فَلْتَغْتَسِلْ ثُمَّ لِتُهِلَّ » والأمر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور أن الأصل هو براءة الذمة حتى يثبت الوجوب بأمر لامدفع فيه ، وكان عبدالله بن عمر يغتسل لإحرامه قبل أن يحرم ولدخوله مكة ولوقوفه عشية يوم عرفة ، ومالك يرى هذه الاغتسالات الثلاث من أفعال المحرم ، واتفقوا على أن الإحرام لايكون إلا بنية ، واختلفوا هل تجزئ النية فيه من غير التلبية ؟ فقال مالك والشافعى : تجزئ النية من غير التلبية . وقال أبوحنيفة : التلبية فى الحج كالتكبيرة فى الإحرام بالصلاة إلا أنه يجزئ عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يجزئ عنده فى افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل على التعظيم . واتفق العلماء على أن لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ ، لَبَّيْكَ لاشَرِيكَ لَكَ لَبَّيْكَ ، إنَّ الحَمْدَ والنِّعْمَةَ لَكَ والمُلْكَ لاشَرِيكَ لَكَ » وهى من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو أصح سندا . واختلفوا فى هل هى واجبة بهذا اللفظ أم لا ؟ فقال أهل الظاهر : هى واجبة بهذا اللفظ ، ولا خلاف عند الجمهور فى استحباب هذا اللفظ ، وإنما اختلفوا فى الزيادة عليه أو فى تبديله ، وأوجب أهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية ، وهو مستحب عند الجمهور لما رواه مالك « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أتانى جِبْرِيلُ فأمَرَنى أنْ آمُرَ أصْحابى وَمَنْ مَعى أنْ يَرْفَعُوا أصْوَاتَهُمْ بالتَّلْبِيَةِ وبالإهْلال » وأجمع أهل العلم على أن تلبية المرأة فيما حكاه أبو عمر هو أن تسمع نفسها بالقول . وقال مالك : لايرفع المحرم صوته فى مساجد الجماعة بل يكفيه أن يسمع من يليه ، إلا فى المسجد الحرام ومسجد منى فإنه يرفع صوته فيهما . واستحب الجمهور رفع الصوت عند التقاء الرفاق وعند الإطلال على شرف من الأرض . وقال أبو حازم : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لايبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم . وكان مالك لايرى التلبية من أركان الحج ويرى على تاركها دما ، وكان غيره يراها من أركانه . وحجة من رآها واجبة أن أفعاله صلى الله عليه وسلم إذا أتت بيانا لواجب أنها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير

ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « خُذُوا عَنِّى مناسِكَكُمْ » وبهذا يحتج من أوجب لفظه فيها فقط . ومن لم ير وجوب لفظه فاعتمد فى ذلك على ما روى من حديث جابر قال « أهلّ رسول الله صلى الله عليه وسلم » فذكر التلبية التى فى حديث ابن عمر . وقال فى حديثه « والناس يزيدون على ذلك « لبيك ذا المعارج » ونحوه من الكلام والنبى يسمع ولا يقول شيئا وماروى عن ابن عمر أنه كان يزيد فى التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره . واستحب العلماء أن يكون ابتداء المحرم بالتلبية بأثر صلاة يصليها ، فكان مالك يستحب ذلك بأثر نافلة لما روى من مرسله عن هشام ابن عروة ، عن أبيه «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى مسجد ذى الحليفة ركعتين فإذا استوت به راحلته أهلّ » .واختلفت الآثار فى الموضع الذى أحرم منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجته من أقطار ذى الحليفة ، فقال قوم : من مسجد ذى الحليفة بعد أن صلى فيه ، وقال آخرون : إنما أحرم حين أطل على البيداء . وقال قوم : إنما أهلّ حين استوت به راحلته . وسئل ابن عباس عن اختلافهم فى ذلك فقال : كُلٌّ حدّثَ لاعن أول إهلاله عليه الصلاة والسلام بل عن أول إهلال سمعه ، وذلك أن الناس يأتون متسابقين فعلى هذا لايكون فى هذا اختلاف ، ويكون الإهلال إثر الصلاة . وأجمع فقهاء الأمصار على أن المكى لايلزمه الإهلال حتى إذا خرج إلى منى ليتصل له عمل الحج ، وعمدتهم ما رواه مالك عن ابن جريج أنه قال لعبد الله بن عمر : رأيتك تفعل هنا أربعا لم أر أحدا يفعلها ، فذكر منها ورأيتك إذا كنت بمكة أهلّ الناس إذا رأوا الهلال ولم تهل أنت إلى يوم التروية ، فأجابه ابن عمر : أما الإهلال « فإنى لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته » يريد حتى يتصل له عمل الحج . وروى مالك أن عمر بن الخطاب كان يأمر أهل مكة أن يهلوا إذا رأوا الهلال . ولا خلاف عندهم أن المكى لايهل إلا من جوف مكة إذا كان حاجا ، وأما إذا كان معتمرا فإنهم أجمعوا على أنه يلزمه أن يخرج إلى الحل ثم يحرم منه ليجمع بين الحل والحرم كما يجمع الحاج ، أعنى لأنه يخرج إلى عرفة وهو حل . وبالجملة فاتفقوا على أنها سنة المعتمر ، واختلفوا إن لم يفعل فقال قوم :

يجزيه وعليه دم ، وبه قال أبو حنيفة وابن القاسم . وقال آخرون : لايجزيه وهو قول الثورى وأشهب .

(وأما متى يقطع المحرم التلبية) فانهم اختلفوا فى ذلك ، فروى مالك أن على بن أبى طالب رضى الله عنه كان يقطع التلبية إذا زاغت الشمس من يوم عرفة . وقال مالك : وذلك الأمر الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا . وقال ابن شهاب : كانت الأئمة أبو بكر وعمر وعثمان وعلى يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة . قال أبو عمر بن عبد البر : واختلف فى ذلك عن عثمان وعائشة . وقال جمهور فقهاء الأمصار وأهل الحديث أبو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد وإسحق وأبو ثور وداود وابن أبى ليلى وأبو عبيد والطبرى والحسن بن حيى : إن المحرم لايقطع التلبية حتى يرمى جمرة العقبة لما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة » إلا أنهم اختلفوا متى يقطعها ، فقال قوم : إذا رماها بأسرها لما روى عن ابن عباس « أن الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنه لبى حين رمى جمرة العقبة وقطع التلبية فى آخر حصاة » وقال قوم : بل يقطعها فى أول جمرة يلقيها روى ذلك عن ابن مسعود . وروى فى وقت قطع التلبية أقاويل غير هذه إلا أن هذين القولين هما المشهوران . واختلفوا فى وقت قطع التلبية بالعمرة ، فقال مالك : يقطع التلبية إذا انتهى إلى الحرم ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعى إذا افتتح الطواف ، وسلف مالك فى ذلك ابن عمر وعروة ، وعمدة الشافعى أن التلبية معناها إجابة إلى الطواف بالبيت فلا تنقطع حتى يشرع فى العمل . وسبب الخلاف معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون على إدخال المحرم الحج على العمرة ويختلفون فى إدخال العمرة على الحج . وقال أبو ثور : لايدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لاتدخل صلاة على صلاة ، فهذه هى أفعال المحرم بما هو محرم وهو أول أفعال الحج . وأما الفعل الذى بعد هذا فهو الطواف عند دخول مكة فلنقل فى الطواف :

القول فى الطواف بالبيت والكلام فى الطواف

فى صفته وشروطه وحكمه فى الوجوب أو الندب وفى أعداده

القول فى الصفة

والجمهور مجمعون على أن صفة كل طواف واجبا كان أو غير واجب أن يبتدئ من الحجر الأسود ، فإن استطاع أن يقبله قبله أو يلمسه بيده ويقبلها إن أمكنه ، ثم يجعل البيت على يساره ويمضى على يمينه ، فيطوف سبعة أشواط يرمل فى الثلاثة الأشواط الأُوَل ثم يمشى فى الأربعة ، وذلك فى طواف القدوم على مكة وذلك للحاج والمعتمر دون المتمتع ، وأنه لا رمل على النساء ، ويستلم الركن اليمانى وهو الذى على قطر الركن الأسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا فى حكم الرمل فى الثلاثة الأشواط الأُوَل للقادم هل هو سنة أو فضيلة ؟ فقال ابن عباس : هو سنة ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وإسحق وأحمد وأبو ثور . واختلف قول مالك فى ذلك وأصحابه . والفرق بين القولين أن من جعله سنة أوجب فى تركه الدم ، ومن لم يجعله سنة لم يوجب فى تركه شيئا . واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطفيل عن ابن عباس قال : قلت لابن عباس زعم قومك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وأن ذلك سنة ، فقال : صدقوا وكذبوا ، قال : قلت ما صدقوا وما كذبوا ؟ قال : صدقوا « رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت ، وكذبوا ليس بسنة ، إن قريشا زمن الحديبية قالوا : إن به وبأصحابه هزالا وقعدوا على قعيقعان ينظرون إلى النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فقال لأصحابه : ارْمُلُوا أَرُوهُمْ أَنَّ بِكُمْ قُوَّة ، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمل من الحجر الأسود إلى اليمانى فإذا توارى عنهم مشى » وحجة الجمهور حديث جابر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل فى الثلاثة الأشواط فى حجة الوداع ومشى أربعا » وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا : وقد اختلف على أبى الطفيل عن ابن عباس فروى عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

رمل من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود » وذلك بخلاف الرواية الأولى ، وعلى أصول الظاهرية يجب الرمل لقوله « خذوا عنى مناسككم » وهو قولهم أو قول بعضهم الآن فيما أظن . وأجمعوا على أنه لارمل على من أحرم بالحج من مكة من غير أهلها وهم المتمتعون لأنهم قد رملوا فى حين دخولهم حين طافوا للقدوم . واختلفوا فى أهل مكة هل عليهم إذا حجوا رمل أم لا ؟ فقال الشافعى : كل طواف قبل عرفة مما يوصل بينه وبين السعى فإنه يرمل فيه ، وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لايرى عليهم رملا إذا طافوا بالبيت على ما روى عنه مالك . وسبب الخلاف هل الرمل كان لعلة أو لغير علة ؟ وهل هو مختص بالمسافر أم لا ؟ وذلك أنه كان عليه الصلاة والسلام حين رمل وارداً على مكة . واتفقوا على أن من سنة الطواف استلام الركنين الأسود واليمانى للرجال دون النساء . واختلفوا هل تُستلم الأركان كلها أم لا ؟ فذهب الجمهور إلى أنه إنما يستلم الركنان فقط لحديث ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم إلا الركنين فقط » واحتج من رأى استلام جميعها بما روى عن جابر قال : كنا نرى إذا طفنا أن نستلم الأركان كلها ، وكان بعض السلف لايحب أن يستلم الركنين إلا فى الوتر من الأشواط . وكذلك أجمعوا على أن تقبيل الحجر الأسود خاصة من سنن الطواف إن قدر ، وإن لم يقدر على الدخول إليه قبل يده ، وذلك لحديث عمر بن الخطاب الذى رواه مالك أنه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الأسود « إنما أنت حجر ولولا أنى رأيت رسول الله قبّلك ما قبلتك ، ثم قبله » وأجمعوا على أن من سنة الطواف ركعتين بعد انقضاء الطواف ، وجمهورهم على أنه يأتى بها الطائف عند انقضاء كل أسبوع إن طاف أكثر من أسبوع واحد . وأجاز بعض السلف أن لايفرق بين الأسابيع وأن لايفصل بينهما بركوع ثم يركع لكل أسبوع ركعتين ، وهو مروى عن عائشة أنها كانت لاتفرق بين ثلاثة الأسابيع ثم تركع ست ركعات . وحجة الجمهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعا وصلى خلف المقام ركعتين ، وقال : خذوا عنى مناسككم » وحجة من أجاز الجمع أنه قال : المقصود إنما هو ركعتان لكل أسبوع ، والطواف ليس له وقت معلوم ولا الركعتان المسنونتان بعده ، فجاز الجمع بين أكثر

من ركعتين لأكثر من أسبوعين ، وإنما استحب من يرى أن يفرق بين ثلاثة الأسابيع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف إلى الركعتين بعد وتر من طوافه ، ومن طاف أسابيع غير وتر ثم عاد إليها لم ينصرف عن وتر من طوافه .

القول فى شروطه

وأما شروطه فإن منها حد موضعه ، وجمهور العلماء على أن الحجر من البيت ، وأن من طاف بالبيت لزمه إدخال الحجر فيه ، وأنه شرط فى صحة طواف الإفاضة . وقال أبو حنيفة وأصحابه : هو سنة . وحجة الجمهور ما رواه مالك عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لَوْلا حَدَثانُ قَوْمِكِ بالكُفْرِ لهَدَمْتُ الكَعْبَةَ ولَصَيَّرْتُها على قَوَاعِدِ إبراهِيمَ » فإنهم تركوا منها سبعة أذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة والخشب ، وهو قول ابن عباس ، وكان يحتج بقوله تعالى ـ ولْيَطَّوَّفُوا بالبَيْتِ العَتِيقِ ـ ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر ، وحجة أبى حنيفة ظاهر الآية . وأما وقت جوازه فإنهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال : أحدها إجازة الطواف بعد الصبح والعصر ، ومنعه وقت الطلوع والغروب ، وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبى سعيد الخدرى ، وبه قال مالك وأصحابه وجماعة . والقول الثانى كراهيته بعد الصبح والعصر ، ومنعه عند الطلوع والغروب ، وبه قال سعيد بن جبير ومجاهد وجماعة . والقول الثالث إباحة ذلك فى هذه الأوقات كلها ، وبه قال الشافعى وجماعة ، وأصول أدلتهم راجعة إلى منع الصلاة فى هذه الأوقات أو إباحتها . أما وقت الطلوع والغروب فالآثار متفقة على منع الصلاة فيها والطواف هل هو ملحق بالصلاة ؟ فى ذلك الخلاف . ومما احتجت به الشافعية حديث جبير بن مطعم أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « يا بَنِى عَبْدِ مَنافٍ أوْ يا بَنِى عَبْدِ المُطَّلِبِ إنْ وُلِّيتُمْ مِنْ هَذَا الأمْرِ شَيْئًا فَلا تَمْنَعُوا أحَدًا طافَ بِهَذا البَيْتِ أنْ يُصَلِّىَ فيه أىَّ ساعَةٍ شاءَ مِنْ لَيْلٍ أوْ نَهَارٍ » رواه الشافعى وغيره عن ابن عيينة بسنده إلى جبير بن مطعم . واختلفوا فى جواز الطواف بغير طهارة مع إجماعهم على أن

من سنته الطهارة ، فقال مالك والشافعي : لا يجزئ طواف بغير طهارة لاعمدًا ولا سهوًا . وقال أبو حنيفة : يجزئ ويستحب له الإعادة وعليه دم . وقال أبو ثور : إذا طاف على غير وضوء أجزأه طوافه إن كان لا يعلم ، ولا يجزئه إن كان يعلم ، والشافعي يشترط طهارة ثوب الطائف كاشتراط ذلك للمصلى . وعمدة من شرط الطهارة فى الطواف قوله صلى الله عليه وسلم للحائض وهى أسماء بنت عميس « اصْنَعِى ما يَصْنَعُ الحَاجُّ غَيْرَ أنْ لاتَطُوفِى بالبَيْتِ » وهو حديث صحيح ، وقد يحتجون أيضا بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « الطَّوافُ بالبَيْتِ صَلاةٌ إلاَّ أنَّ اللهَ أحَلَّ فِيهِ النُّطْقَ فَلا يَنْطِقْ إلاَّ بخَيْرٍ » وعمدة من أجاز الطواف بغير طهارة إجماع العلماء على جواز السعى بين الصفا والمروة من غير طهارة ، وأنه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الحيض من شرطها الطهر من الحدث أصله الصوم .

القول فى أعداده وأحكامه

وأما أعداده ، فإن العلماء أجمعوا على أن الطواف ثلاثة أنواع : طواف القدوم على مكة ، وطواف الإفاضة بعد رمى جمرة العقبة يوم النحر ، وطواف الوداع ، وأجمعوا على أن الواجب منها الذى يفوت الحج بفواته هو طواف الإفاضة ، وأنه المعنىُّ بقوله تعالى ـ ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ ولْيُوفُوا نُذُورَهُمْ ولْيَطَّوَّفُوا بالبَيْتِ العَتِيقِ ـ وأنه لايجزئ عنه دم ، وجمهورهم على أنه لايجزئ طواف القدوم على مكة عن طواف الإفاضة إذا نسى طواف الإفاضة لكونه قبل يوم النحر . وقالت طائفة من أصحاب مالك : إن طواف القدوم يجزئ عن طواف الإفاضة كأنهم رأوا أن الواجب إنما هو طواف واحد . وجمهور العلماء على أن طواف الوداع يجزئ عن طواف الإفاضة إن لم يكن طاف طواف الإفاضة لأنه طواف بالبيت معمول فى وقت طواف الوجوب الذى هو طواف الإفاضة بخلاف طواف القدوم الذى هو قبل وقت طواف الإفاضة وأجمعوا فيما حكاه أبو عمر بن عبد البر أن طواف القدوم والوداع من سنة الحاج لا لخائف فوات الحج فإنه يجزئ عنه طواف الإفاضة ، واستحب جماعة من

العلماء لمن عرض له هذا أن يرمل فى الأشواط الثلاثة من طواف الإفاضة، على سنة طواف القدوم من الرمل ، وأجمعوا على أن المكى ليس عليه إلا طواف الإفاضة كما أجمعوا على أنه ليس على المعتمر إلا طواف القدوم. وأجمعوا أن من تمتع بالعمرة إلى الحج أن عليه طوافين طوافا للعمرة لحله منها وطوافا للحج يوم النحر على مافى حديث عائشة المشهور . وأما المفرد للحج فليس عليه إلا طواف واحد كما قلنا يوم النحر . واختلفوا فى القارن فقال مالك والشافعى وأحمد وأبوثور : يجزئ القارن طواف واحد وسعى واحد ، وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر ، وعمدتهم حديث عائشة المتقدم . وقال الثورى والأوزاعى وأبو حنيفة وابن أبى ليلى على القارن طوافان وسعيان ، ورووا هذا عن على وابن مسعود لأنهما نسكان من شرط كل واحد منهما إذا انفرد طوافه وسعيه ، فوجب أن يكون الأمر كذلك إذا اجتمعا ، فهذا هو القول فى وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه وعدده ووقته وصفته ، والذى يتلو هذا الفعل من أفعال الحج أعنى طواف القدوم هو السعى بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للإحرام فلنقل فيه .

القول فى السعى بين الصفا والمروة

والقول فى السعى فى حكمه وفى صفته وفى شروطه وفى ترتيبه

القول فى حكمه

أما حكمه ؛ فقال مالك والشافعى : هو واجب ، وإن لم يسع كان عليه حج قابل ، وبه قال أحمد وإسحق . وقال الكوفيون : هو سنة ، وإذا رجع إلى بلاده ولم يسع كان عليه دم . وقال بعضهم : هو تطوع ولا شىء على تاركه ؛ فعمدة من أوجبه ما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسعى ويقول : اسْعَوْا فإنَّ اللهَ كَتَبَ عَلَيْكُمُ السَّعْيَ » روى هذا الحديث الشافعى عن عبد الله بن المؤمل ، وأيضا فإن الأصل أن أفعاله عليه الصلاة والسلام فى هذه العبادة محمولة على الوجوب ، إلا ما أخرجه الدليل من سماع أو إجماع أو قياس عند أصحاب القياس . وعمدة من لم يوجبه قوله تعالى - إنَّ الصَّفا

والمَرْوَةَ مِنْ شَعائِرِ اللهِ فَمَنْ حَجَّ البَيْتَ أوِ اعْتَمَرَ فَلا جُناحَ عَلَيْهِ أنْ يَطَّوَّفَ بِهِما ـ قالوا : إن معناه أن لا يطوف وهى قراءة ابن مسعود ، وكما قال سبحانه ـ يُبَيِّنُ اللهُ لَكُمْ أنْ تَضِلُّوا ـ معناه : أى لئلا تضلوا ، وضعفوا حديث ابن المؤمل . وقالت عائشة : الآية على ظاهرها وإنما نزلت فى الأنصار تحرَّجوا أن يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسعون عليه فى الجاهلية لأنه كان موضع ذبائح المشركين ، وقد قيل إنهم كانوا لا يسعون بين الصفا والمروة تعظيما لبعض الأصنام ، فسألوا عن ذلك فنزلت هذه الآية مبيحة لهم ، وإنما صار الجمهور إلى أنها من أفعال الحج لأنها صفة فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الآثار ، أعنى وصل السعى بالطواف .

القول فى صفته

وأما صفته فإن جمهور العلماء على أن من سنة السعى بين الصفا والمروة أن ينحدر الراقى على الصفا بعد الفراغ من الدعاء ، فيمشى على جبلته حتى يبلغ بطن المسيل فيرمل فيه حتى يقطعه إلى ما يلى المروة ، فإذا قطع ذلك وجاوزه مشى على سجيته حتى يأتى المروة فيرقى عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها نحوا مما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا ، وإن وقف أسفل المروة أجزأه عند جميعهم ، ثم ينزل عن المروة فيمشى على سجيته حتى ينتهى إلى بطن المسيل فإذا انتهى إليه رمل حتى يقطعه إلى الجانب الذى يلى الصفا ، يفعل ذلك سبع مرات يبدأ فى كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة ، فإن بدأ بالمروة قبل الصفا ألغى ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « نَبْدَأُ بِمَا بَدَأَ اللهُ بِهِ : نَبْدَأُ بالصَّفا » يريد قوله تعالى ـ إن الصفا والمروة من شعائر الله ـ وقال عطاء إن جهل فبدأ بالمروة أجزأ عنه . وأجمعوا على أنه ليس فى وقت السعى قول محدود فإنه موضع دعاء . وثبت من حديث جابر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا وقف على الصفا يكبر ثلاثا ويقول : لا إلَهَ إلاَّ اللهُ وَحْدَهُ لا شَرِيكَ لَهُ . لَهُ المُلْكُ وَلَهُ الحَمْدُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌ . يصنع ذلك ثلاث مرات ، ويدعو ويصنع على المروة مثل ذلك » .

القول فى شروطه

وأما شروطه فإنهم اتفقوا على أن من شرطه الطهارة من الحيض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عائشة « افْعَلِى كُلَّ مَا يَفْعَلُ الحاج غَيْرَ أَنْ لا تَطُوفِى بالبَيْتِ ولا تَسْعَىْ بَيْنَ الصَّفَا والمَرْوَةِ » انفرد بهذه الزيادة يحيى عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ، ولا خلاف بينهم أن الطهارة ليست من شروطه إلا الحسن فإنه شبّهه بالطواف .

القول فى ترتيبه

وأما ترتيبه فإن جمهور العلماء اتفقوا على أن السعى إنما يكون بعد الطواف ، وأن من سعى قبل أن يطوف بالبيت يرجع فيطوف وإن خرج عن مكة ، فإن جهل ذلك حتّى أصاب النساء فى العمرة أو فى الحج كان عليه حج قابل والهدى أو عمرة أخرى . وقال الثورى : إن فعل ذلك فلا شىء عليه . وقال أبو حنيفة إذا خرج من مكة فليس عليه أن يعود وعليه دم . فهذا هو القول فى حكم السعى وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه .

الخروج إلى عرفة

وأما الفعل الذى يلى هذا الفعل للحاج ، فهو الخروج يوم التّروية إلى منى والمبيت بها ليلة عرفة . واتفقوا على أن الإمام يصلى بالناس بمنى يوم التّروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بها مقصورة . إلا أنهم أجمعوا على أن هذا الفعل ليس شرطا فى صحة الحج لمن ضاق عليه الوقت ، ثم إذا كان يوم عرفة مشى الإمام مع الناس من منى إلى عرفة ووقفوا بها .

الوقوف بعرفة

والقول فى هذا الفعل ينحصر فى معرفة حكمه وفى صفته وفى شروطه . أما حكم الوقوف بعرفة فإنهم أجمعوا على أنه ركن من أركان الحج ، وأن من فاته فعليه حج قابل والهدى فى قول أكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام : « الحَجُّ عَرَفَةُ »

وأما صفته فهو أن يصل الإمام إلى عرفة يوم عرفة قبل الزوال ، فإذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر فى أول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس . وإنما اتفقوا على هذا لأن هذه الصفة هى مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف بينهم أن إقامة الحج هى للسلطان الأعظم أو لمن يقيمه السلطان الأعظم لذلك وأنه يصلى وراءه برا كان السلطان أو فاجرا أو مبتدعا ، وأن السنة فى ذلك أن يأتى المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس ، فإذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر . واختلفوا فى وقت أذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر ، فقال مالك : يخطب الإمام حتى يمضى صدرا من خطبته أو بعضها ، ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب . وقال الشافعى يؤذن إذا أخذ الإمام فى الخطبة الثانية . وقال أبو حنيفة : إذا صعد الإمام المنبر أمر المؤذن بالأذان فأذن كالحال فى الجمعة ، فإذا فرغ المؤذن قام الإمام يخطب ثم ينزل ويقيم المؤذن الصلاة ، وبه قال أبو ثور تشبيها بالجمعة . وقد حكى ابن نافع عن مالك أنه قال : الأذان بعرفة بعد جلوس الإمام للخطبة وفى حديث جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له وأتى بطن الوادى فخطب الناس ثم أذن بلال ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئا ثم راح إلى الموقف » واختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين بأذانين وإقامتين أو بأذان واحد وإقامتين فقال مالك يجمع بينهما بأذانين وإقامتين . وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأبو ثور وجماعة يجمع بينهما بأذان واحد وإقامتين . وروى عن مالك مثل قولهم . وروى عن أحمد أنه يجمع بينهما باقامتين . والحجة للشافعى حديث جابر الطويل فى صفة حجه عليه الصلاة والسلام وفيه « أنه صلى الظهر والعصر بأذان واحد وإقامتين كما قلنا » وقول مالك مروى عن ابن مسعود ، وحجته أن الأصل هو أن تفرد كل صلاة بأذان وإقامة ، ولا خلاف بين العلماء أن الإمام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر أن صلاته جائزة بخلاف الجمعة ، وكذلك أجمعوا أن القراءة فى هذه الصلاة سر ، وأنها مقصورة إذا كان الإمام مسافرا . واختلفوا إذا كان الإمام مكيا هل يقصر بمنى الصلاة يوم التروية وبعرفة يوم عرفة وبالمزدلفة ليلة النحر إن كان من أحد هذه المواضع ؟ فقال مالك والأوزاعى

وجماعة : سنة هذه المواضع التقصير سواء كان من أهلها أو لم يكن . وقال الثورى وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وداود : لايجوز أن يقصر من كان من أهل تلك المواضع ، وحجة مالك أنه لم يرو أن أحدا أتم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم أعنى بعد سلامه منها . وحجة الفريق الثانى البقاء على الأصل المعروف أن القصر لايجوز إلا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص . واختلف العلماء فى وجوب الجمعة بعرفة ومنى ، فقال مالك : لاتجب الجمعة بعرفة ولا بمنى إلاأيام الحج لالأهل مكة ولا لغيرهم إلا أن يكون الإمام من أهل عرفة . وقال الشافعى مثل ذلك ، إلا أنه يشترط فى وجوب الجمعة أن يكون هنالك من أهل عرفة أربعون رجلا على مذهبه فى اشتراط هذا العدد فى الجمعة . وقال أبو حنيفة : إذا كان أمير الحج ممن لايقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة إذا صادفها . وقال أحمد : إذا كان والى مكة يجمع بهم . وبه قال أبو ثور :

(وأما شروطه) فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة ، وذلك أنه لم يختلف العلماء « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبالها داعيا إلى الله تعالى ووقف معه كل من حضر إلى غروب الشمس ، وأنه لما استيقن غروبها وبان له ذلك دفع منها إلى المزدلفة » ولا خلاف بينهم أن هذا هو سنة الوقوف بعرفة ، وأجمعوا على أن من وقف بعرفة قبل الزوال وأفاض منها قبل الزوال أنه لايعتد بوقوفه ذلك ، وأنه إن لم يرجع فيقف بعد الزوال أو يقف من ليلته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج . وروى عن عبدالله بن معمر الديلى قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « الحَجُّ عَرَفاتٌ ، فَمَنْ أدْرَكَ عَرَفَةَ قَبْلَ أنْ يَطْلُعَ الفَجْرُ فَقَدْ أدْرَكَ » وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة إلا أنه مجمع عليه : واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس ، فقال مالك : عليه حج قابل إلا أن يرجع قبل الفجر ، وإن دفع منها قبل الإمام وبعد الغيبوبة أجزأه . وبالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو أن يقف ليلا . وقال جمهور العلماء : من وقف بعرفة بعد الزوال فحجه تام وإن دفع قبل الغروب ، إلا أنهم اختلفوا فى وجوب الدم عليه ، وعمدة الجمهور

حديث عروة بن مضرس ، وهو حديث مجمع على صحته قال « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بجمع فقلت له : هل لى من حج ؟ فقال : مَنْ صَلَّى هَذِهِ الصَّلاةَ مَعَنَا وَوَقَفَ هَذَا المَوْقِفَ حَتَّى نُفِيضَ أَوْ أَفَاضَ قَبْلَ ذَلِكَ مِنْ عَرَفَاتٍ لَيْلاً أَوْ نَهَاراً فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ وَقَضَى تَفَثَهُ » وأجمعوا على أن المراد بقوله فى هذا الحديث نهارا أنه بعد الزوال ، ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس ، لكن للجمهور أن يقولوا إن وقوفه بعرفة إلى المغيب قد نبأ حديث عروة بن مضرس أنه على جهة الأفضل إذ كان مخيرًا بين ذلك . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من طرق أنه قال « عَرَفَةُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ وارْتَفِعُوا عَنْ بَطْنِ عُرَنَةَ ، والمُزْدَلِفَةُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ إلاَّ بَطْنَ مُحَسِّرٍ ، وَمِنًى كُلُّهَا مَنْحَرٌ ، وَفِجَاجُ مَكَّةَ مَنْحَرٌ وَمَبِيتٌ » واختلف العلماء فيمن وقف من عرفة بعرنة فقيل حجه تام وعليه دم ، وبه قال مالك ، وقال الشافعى : لاحج له . وعمدة من أبطل الحج النهى الوارد عن ذلك فى الحديث : وعمدة من لم يبطله أن الأصل أن الوقوف بكل عرفة جائز إلا ما قام عليه الدليل ، قالوا : ولم يأت هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الأصل ، فهذا هو القول فى السنن التى فى يوم عرفة : وأما الفعل الذى يلى الوقوف بعرفة من أفعال الحج فهو النهوض إلى المزدلفة بعد غيبة الشمس وما يفعل بها فلنقل فيه :

القول فى أفعال المزدلفة

والقول الجملى أيضا فى هذا الموضع ينحصر فى معرفة حكمه وفى صفته وفى وقته . فأما كون هذا الفعل من أركان الحج فالأصل فيه قوله سبحانه ـ فاذْكُرُوا اللهَ عِنْدَ المَشْعَرِ الحَرَامِ واذْكُرُوه كما هَدَاكُمْ ـ وأجمعوا على أن من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الإمام ووقف بعد صلاة الصبح إلى الإسفار بعد الوقوف بعرفة أن حجه تام ، وأن ذلك الصفة التى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح : والمبيت بها من سنن الحج أو من فروضه ، فقال الأوزاعى :

وجماعة من التابعين : هو من فروض الحج ، ومن فاته كان عليه حج قابل والهدى ، وفقهاء الأمصار يرون أنه ليس من فروض الحج ، وأن من فاته الوقوف بالمزدلفة والمبيت بها فعليه دم . وقال الشافعى : إن دفع منها إلى بعد نصف الليل الأول ولم يصلِّ بها فعليه دم ، وعمدة الجمهور ماصح عنه أنه صلى الله عليه وسلم قدّم ضعفة أهله ليلا فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها ، وعمدة الفريق الأول قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عروة بن مضرس وهو حديث متفق على صحته « من أدرك معنا هذه الصلاة : يعنى صلاة الصبح بجمع ، وكان قد أتى قبل ذلك عرفات ليلا أونهارا فقد تم حجه وقضى تفثه » وقوله تعالى ـ فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم ـ . ومن حجة الفريق الأول أن المسلمين قد أجمعوا على ترك الأخذ بجميع ما فى هذا الحديث ، وذلك أن أكثرهم على أن من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها إلى قبل الصبح أن حجه تام ، وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة وكذلك أجمعوا على أنه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله أن حجه تام ، وفى ذلك أيضا ما يضعف احتجاجهم بظاهر الآية ، والمزدلفة وجمع هما اسمان لهذا الموضع وسنة الحج فيها كما قلنا أن يبيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والعشاء فى أول وقت العشاء ويغلسوا بالصبح فيها .

القول فى رمى الجمار

وأما الفعل الذى بعدها فهو رمى الجمار ، وذلك أن المسلمين اتفقوا على « أن النبى صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام وهى المزدلفة بعد ما صلى الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس إلى منى ، وأنه فى هذا اليوم وهو يوم النحر رمى جمرة العقبة من بعد طلوع الشمس » وأجمع المسلمون أن من رماها فى هذا اليوم فى ذلك الوقت : أعنى بعد طلوع الشمس إلى زوالها فقد رماها فى وقتها ، وأجمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها . واختلفوا فيمن رمى جمرة العقبة قبل طلوع الفجر ، فقال مالك : لم يبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لأحد أن يرمى قبل طلوع الفجر ، ولا يجوز ذلك ، فإن رماها قبل الفجر أعادها ، وبه قال أبو حنيفة وسفيان وأحمد .

وقال الشافعي : لابأس به وإن كان المستحب هوبعد طلوع الشمس، فحجة من منع ذلك فعله صلى الله عليه وسلم مع قوله « خذوا عني مناسككم » وما روى عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله وقال : لاتَرْمُوا الجَمْرَةَ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ » . وعمدة من جوّز رميها قبل الفجر حديث أم سلمة خرّجه أبوداود وغيره وهو « أن عائشة قالت : أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم لأم سلمة يوم النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ومضت فأفاضت ، وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها » وحديث أسماء « أنها رمت الجمرة بليل وقالت : إنا كنا نصنعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » وأجمع العلماء أن الوقت المستحب لرمي جمرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس إلى وقت الزوال ، وإنه إن رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزأ عنه ولا شيء عليه ، إلا مالكا فانه قال : أستحب له أن يريق دما . واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل أو من الغد . فقال مالك : عليه دم . وقال أبوحنيفة : إن رمى من الليل فلا شيء عليه ، وإن أخرها إلى الغد فعليه دم . وقال أبويوسف ومحمد والشافعي لاشيء عليه إن أخرها إلى الليل أو إلى الغد ، وحجتهم « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لرعاة الإبل في مثل ذلك : أعني أن يرموا ليلا » وفي حديث ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل : يا رسول الله رميتُ بعد ما أمسيت ، قال له : لاحَرَجَ » وعمدة مالك أن ذلك الوقت المتفق عليه الذي رمى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هو السنة ، ومن خالف سنة من سنن الحج فعليه دم ، على ما روى عن ابن عباس وأخذ به الجمهور . وقال مالك : ومعنى الرخصة للرعاة إنما ذلك إذا مضى يوم النحر ورموا جمرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو أول أيام النفر ، فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرموا في ذلك اليوم له ولليوم الذي بعده ، فإن نفروا فقد فرغوا ، وإن أقاموا إلى الغد رموا بعد الناس يوم النفر الأخير ونفروا ، ومعنى الرخصة للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين في يوم واحد ، إلا أن مالكا إنما يجمع عنده ماوجب مثل أن يجمع في الثالث فيرمى

عن الثانى والثالث ، لأنه لايقضى عنده إلا ما وجب ، ورخص كثير من العلماء فى جمع يومين فى يوم ، سواء تقدم ذلك اليوم الذى أضيف إلى غيره أو تأخر ولم يشبهوه بالقضاء ،وثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى فى حجته الجمرة يوم النحر ، ثم نحر بدنة ، ثم حلق رأسه ، ثم طاف طواف الإفاضة» وأجمع العلماء على أن هذا سنة الحج . واختلفوا فيمن قدّم من هذه ما أخره النبى عليه الصلاة والسلام أو بالعكس ،فقال مالك : من حلق قبل أن يرمى جمرة العقبة فعليه الفدية . وقال الشافعى : وأحمد وداود وأبو ثور لاشىء عليه . وعمدتهم ما رواه مالك من حديث عبد الله بن عمر أنه قال « وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسألونه ،فجاءه رجل فقال : يا رسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أنحر ،فقال عليه الصلاة والسلام : انْحَرْ ولا حَرَجَ ، ثم جاءه آخر فقال : يا رسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمى ، فقال عليه الصلاة والسلام : ارْمِ ولا حَرَجَ ، قال : فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شىء؟ قدم أو أخر إلا قال : افْعَلْ ولا حَرَجَ » وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم . وعمدة مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم على من حلق قبل محله من ضرورة بالفدية فكيف من غير ضرورة ، مع أن الحديث لم يذكر فيه حلق الرأس قبل رمى الجمار ، وعند مالك أن من حلق قبل أن يذبح فلا شىء عليه وكذلك من ذبح قبل أن يرمى . وقال أبوحنيفة : إن حلق قبل أن ينحر أو يرمى فعليه دم وإن كان قارنا فعليه دمان . وقال زفر :عليه ثلاثة دماء دم للقران ودمان للحلق قبل النحر وقبل الرمى . وأجمعوا على أن من نحر قبل أن يرمى فلا شىء عليه لأنه منصوص عليه ، إلا ماروى عن ابن عباس أنه كان يقول من قدم من حجه شيئا أو أخر فليهرق دما ، وأنه من قدم الإفاضة قبل الرمى والحلق أنه يلزمه إعادة الطواف . وقال الشافعى ومن تابعه : لاإعادة عليه . وقال الأوزاعى : إذا طاف للإفاضة قبل أن يرمى جمرة العقبة ثم واقع أهله أراق دما . واتفقوا على أن جملة ما يرميه الحاج سبعون حصاة منها فى يوم النحر جمرة العقبة بسبع ، وإن رمى هذه الجمرة من حيث تيسر من العقبة من أسفلها

أو من أعلاها أو من وسطها كل ذلك واسع ، والموضع المختار منها بطن الوادى لما جاء فى حديث ابن مسعود أنه استبطن الوادى ثم قال : من ههنا والذى لاإله غيره رأيت الذى أنزلت عليه سورة البقرة يرمى : وأجمعوا على أنه يعيد الرمى إذا لم تقع الحصاة فى العقبة ، وأنه يرمي فى كل يوم من أيام التشريق ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمرة منها بسبع ، وأنه يجوز أن يرمى منها يومين وينفر فى الثالث لقوله تعالى - فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ - وقدّرها عندهم أن يكون فى مثل حصى الخذف لما روى من حديث جابر وابن عباس وغيرهم « أن النبي عليه الصلاة والسلام رمى الجمار بمثل حصى الخذف » والسنة عندهم فى رمى الجمرات كل يوم من أيام التشريق أن يرمى الجمرة الأولى فيقف عندها ويدعو ، وكذلك الثانية ويطيل المقام ، ثم يرمى الثالثة ولا يقف لما روى فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه كان يفعل ذلك فى رميه » والتكبير عندهم عند رمى كل جمرة حسن لأنه يروى عنه عليه الصلاة والسلام . وأجمعوا على أن من سنة رمى الجمار الثلاث فى أيام التشريق أن يكون ذلك بعد الزوال . واختلفوا إذا رماها قبل الزوال فى أيام التشريق ، فقال جمهور العلماء : من رماها قبل الزوال أعاد رميها بعد الزوال . وروى عن أبى جعفر محمد بن على أنه قال : رمى الجمار من طلوع الشمس إلى غروبها . وأجمعوا على أن من لم يرم الجمار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها أنه لايرميها بعد . واختلفوا فى الواجب من الكفارة؛ فقال مالك : إن من ترك رمى الجمار كلها أو بعضها أو واحدة منها فعليه دم ، وقال أبو حنيفة : إن ترك كلها كان عليه دم ، وإن ترك جمرة واحدة فصاعدا كان عليه لكل جمرة إطعام مسكين نصف صاع حنطة إلى أن يبلغ دما بترك الجميع ، إلا جمرة العقبة فمن تركها فعليه دم . وقال الشافعى : عليه فى الحصاة مدّ من طعام ، وفى حصاتين مدان ، وفى ثلاث دم . وقال الثورى مثله ، إلا أنه قال فى الرابعة الدم . ورخصت طائفة من التابعين فى الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئا ، والحجة لهم حديث سعد بن أبى وقاص قال « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجته ، فبعضنا يقول : رميت بسبع ، وبعضنا يقول : رميت بست ، فلم يعب بعضنا على بعض » وقال أهل الظاهر : لاشىء فى ذلك

والجمهور على أن جمرة العقبة ليست من أركان الحج . وقال عبد الملك من أصحاب مالك : هى من أركان الحج . فهذه هى جملة أفعال الحج من حين الإحرام إلى أن يحل ، والتحلل تحللان : تحلل أكبر ، وهو طواف الإفاضة ، وتحلل أصغر وهو رمى جمرة العقبة ، وسنذكر ما فى هذا من الاختلاف .

القول فى الجنس الثالث

وهو الذى يتضمن القول فى الأحكام ، وقد بقى القول فى حكم الاختلافات التى تقع فى الحج ، وأعظمها فى حكم من شرع فى الحج فمنعه بمرض أو بعدو أو فاته وقت الفعل الذى هو شرط فى صحة الحج أو أفسد حجه باتيانه بعض المحظورات المفسدة للحج أو للأفعال التى هى تروك أو أفعال ، فلنبتدئ من هذه بما هو نص فى الشريعة وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق وإلقائه التفث قبل أن يحل ، وقد يدخل فى هذا الباب حكم المتمتع وحكم القارن على القول بأن وجوب الهدى فى هذه هو لمكان الرخصة .

القول فى الإحصار

وأما الإحصار ، فالأصل فيه قوله سبحانه ـ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الهَدْيِ ـ إلى قوله ـ فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالعُمْرَةِ إِلَى الحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الهَدْيِ ـ فنقول : اختلف العلماء فى هذه الآية اختلافا كثيرا ، وهو السبب فى اختلافهم فى حكم المحصر بمرض أو بعدو ، فأول اختلافهم فى هذه الآية هل المحصر ههنا هو المحصر بالعدو أو المحصر بالمرض ؟ فقال قوم : المحصر ههنا هو المحصر بالعدو ، وقال آخرون : بل المحصر ههنا هو المحصر بالمرض . فأما من قال إن المحصر ههنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا بقوله تعالى ـ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ ـ قالوا : فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك فائدة ، واحتجوا أيضا بقوله سبحانه ـ فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ـ وهذه حجة ظاهرة ، ومن قال : إن الآية إنما وردت فى المحصر بالمرض فإنه زعم أن المحصر هو من أحصر ، ولا يقال أحصر فى العدو ، وإنما يقال حصره

العدو وأحصره المرض ، قالوا : وإنما ذكر المرض بعد ذلك لأن المرض صنفان : صنف محصر ، وصنف غير محصر ، وقالوا : معنى قوله ـ فإذا أمنتم ـ معناه من المرض . وأما الفريق الأول فقالوا عكس هذا ، وهو أن افعل أبدا وفعل فى الشىء الواحد إنما يأتى لمعنيين : أما فعل فإذا أوقع بغيره فعلا من الأفعال وأما أفعل فإذا عرّضه لوقوع ذلك الفعل به يقال : اقتله إذا فعل به فعل القتل ، وأقتله إذا عرّضه للقتل ، وإذا كان هذا هكذا فأحصر أحق بالعدو وحصر أحق بالمرض ، لأن العدوُ إنما عرّض للإحصار ، والمرض فهو فاعل الإحصار . وقالوا : لايطلق الأمن إلا فى ارتفاع الخوف من العدو وإن قيل فى المرض فباستعارة ولا يصار إلى الاستعارة إلا لأمر يوجب الخروج عن الحقيقة . وكذلك ذكر حكم المريض بعد الحصر الظاهر منه أن المحصر غير المريض . وهذا هو مذهب الشافعى . والمذهب الثانى مذهب مالك وأبى حنيفة . وقال قوم : بل المحصر ههنا الممنوع من الحج بأى نوع امتنع إما بمرض أو بعدو أو بخطأ فى العدد أو بغير ذلك . وجمهور العلماء على أن المحصر عن الحج ضربان : إما محصر بمرض ، وإما محصر بعدو . فأما المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على أنه يحل من عمرته أو حجه حيث أحصر . وقال الثورى والحسن بن صالح لايتحلل إلا فى يوم النحر ، والذين قالوا : يتحلل حيث أحصر اختلفوا فى إيجاب الهدى عليه وفى موضع نحره إذا قيل بوجوبه وفى إعادة ماحصر عنه من حج أو عمرة ، فذهب مالك إلى أنه لايجب عليه هدى وأنه إن كان معه هدى نحره حيث حل . وذهب الشافعى إلى إيجاب الهدى عليه ، وبه قال أشهب . واشترط أبو حنيفة ذبحه فى الحرم : وقال الشافعى حيثما حل . وأما الإعادة فإن مالكا يرى أن لاإعادة عليه . وقال قوم : عليه الإعادة . وذهب أبو حنيفة إلى أنه إن كان أحرم بالحج عليه حجة وعمرة ، وإن كان قارنا فعليه حج وعمرتان ، وإن كان معتمرا قضى عمرته ، وليس عليه عند أبى حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير ، واختار أبو يوسف تقصيره ، وعمدة مالك فى أن لاإعادة عليه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حل هو وأصحابه بالحديبية . فنحروا الهدى وحلقوا رءوسهم وحلوا من كل شىء قبل أن يطوف بالبيت ، وقبل أن يصل إليه الهدى ، ثم لم يعلم أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم أمر أحدا من الصحابة ولا ممن كان معه أن يقضى شيئا ولا أن يعود لشيء » وعمدة من أوجب عليه الإعادة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر فى العام المقبل من عام الحديبية قضاء لتلك العمرة » ولذلك قيل لها عمرة القضاء . وإجماعهم أيضا على أن المحصر بمرض أو ما أشبهه عليه القضاء . فسبب الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو لم يقض ؟ وهل يثبت القضاء بالقياس أم لا ؟ وذلك أن جمهور العلماء على أن القضاء يجب بأمر ثان غير أمر الأداء . وأما من أوجب عليه الهدى فبناء على أن الآية وردت فى المحصر بالعدو ، أو على أنها عامة لأن الهدى فيها نص ، وقد احتج هؤلاء بنحر النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه الهدى عام الحديبية حين أحصروا . وأجاب الفريق الآخر أن ذلك الهدى لم يكن هدى تحلل ، وإنما كان هديا سيق ابتداء ، وحجة هؤلاء أن الأصل هو أن لاهدى عليه إلا أن يقوم الدليل . وأما اختلافهم فى مكان الهدى عند من أوجبه فالأصل فيه اختلافهم فى موضع نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه عام الحديبية ، فقال ابن إسحاق : نحره فى الحرم ، وقال غيره : إنما نحره فى الحل ، واحتج بقوله تعالى - هُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا وَصَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ والْهَدْيَ مَعْكُوفا أنْ يَبْلُغَ مَحِلَّهُ - وإنما ذهب أبو حنيفة إلى أن من أحصر عن الحج أن عليه حجا وعمرة لأن المحصر قد فسخ الحج فى عمرة ولم يتم واحدا منهما ، فهذا هو حكم المحصر بعدو عند الفقهاء . وأما المحصر بمرض ، فان مذهب الشافعى وأهل الحجاز أنه لايحله إلا الطواف بالبيت والسعى مابين الصفا والمروة ، وأنه بالجملة يتحلل بعمرة ، لأنه إذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمرة ، وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس ، وخالف فى ذلك أهل العراق فقالوا : يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعدو ، أعنى أن يرسل هديه ويقدر يوم نحره ويحل فى اليوم الثالث وبه قال ابن مسعود . واحتجوا بحديث الحجاج بن عمرو الأنصارى قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « مَنْ كُسِرَ أوْ عرِجَ فَقَدْ حَلَّ وعَلَيْهِ حَجَّةٌ أُخْرَى » وباجماعهم على أن المحصر بعدو ليس من شرط إحلاله الطواف بالبيت : والجمهور على أن المحصر بمرض عليه الهدى . وقال

أبو ثور وداود : لاهدى عليه اعتمادا على ظاهر حكم هذا المحصر ، وعلى أن الآية الواردة فى المحصر هو حصر العدو ، وأجمعوا على إيجاب القضاء عليه ، وكل من فاته الحج بخطأ من العدد فى الأيام أو بخفاء الهلال عليه أو غير ذلك من الأعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك . وقال أبو حنيفة : من فاته الحج بعذر غير المرض يحل بعمرة ولا هدى عليه وعليه إعادة الحج ، والمكى المحصر بمرض عند مالك كغير المكى يحل بعمرة وعليه الهدى وإعادة الحج : وقال الزهرى : لابد (١) أن يقف بعمرة وإن نعش نعشا . وأصل مذهب مالك أن المحصر بمرض إن بقى على إحرامه إلى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدى عليه ، فان تحلل بعمرة فعليه هدى المحصر ، لأنه حلق رأسه قبل أن ينحر فى حجة القضاء ، وكل من تأول قوله سبحانه ـ فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ـ أنه خطاب للمحصر وجب عليه أن يعتقد على ظاهر الآية أن عليه هديين : هديا لحلقه عند التحلل قبل نحره فى حجة القضاء ، وهديا لتمتعه بالعمرة إلى الحج ، وإن حل فى أشهر الحج من العمرة وجب عليه هدى ثالث ، وهو هدى التمتع الذى هو أحد أنواع نسك الحج . وأما مالك رحمه الله ، فكان يتأول لمكان هذا أن المحصر إنما عليه هدى واحد ، وكان يقول : إن الهدى الذى فى قوله سبحانه ـ فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى ـ هو بعينه الهدى الذى فى قوله ـ فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ـ وفيه بعد فى التأويل ، والأظهر أن قوله سبحانه ـ فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ـ أنه فى غير المحصر بل هو فى التمتع الحقيقى ، فكأنه قال : فإذا لم تكونوا خائفين لكن تمتعتم بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ، ويدل على هذا التأويل قوله سبحانه ـ ذلكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حاضِرِى المَسْجِدِ الحَرَامِ ـ والمحصر يستوى فيه حاضر المسجد الحرام وغيره باجماع . وقد قلنا فى أحكام المحصر الذى نص الله عليه ، فلنقل فى أحكام القاتل للصيد :

---

(١) قوله لابد الخ : هكذا هذه العبارة فى غالب النسخ ولينظر معناها ، وفى بعض : ولا بد أن يعيد وجعل بياضا لباقى العبارة فليتأمل اه مصححه .

القول فى أحكام جزاء الصيد

فنقول : إن المسلمين أجمعوا على أن قوله تعالى - يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاتَقْتُلُوا الصَّيْدَ وأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فجَزَاءٌ مِثْلُ ما قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بالِغَ الكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعامُ مَساكِينَ أَوْ عَدْلُ ذلكَ صِياما - هى آية محكمة ، واختلفوا فى تفاصيل أحكامها وفيما يقاس على مفهومها مما لايقاس عليه ، فمنها أنهم اختلفوا هل الواجب فى قتل الصيد قيمته أو مثله ؟ فذهب الجمهور إلى أن الواجب المثل ، وذهب أبوحنيفة إلى أنه مخير بين القيمة ، أعنى قيمة الصيد وبين أن يشترى بها المثل . ومنها أنهم اختلفوا فى استئناف الحكم على قاتل الصيد فيما حكم فيه السلف من الصحابة ، مثل حكمهم أن من قتل نعامة فعليه بدنة تشبيها بها ، ومن قتل غزالا فعليه شاة ، ومن قتل بقرة وحشية فعليه إنسية ، فقال مالك : يستأنف فى كل ما وقع من ذلك الحكم به ، وبه قال أبوحنيفة . وقال الشافعى : إن اجتزأ بحكم الصحابة مما حكموا فيه جاز . ومنها هل الآية على التخيير أو على الترتيب ؟ فقال مالك : هى على التخيير ، وبه قال أبوحنيفة ، يريد أن الحكمين يخيران الذي عليه الجزاء . وقال زفر : هى على الترتيب ، واختلفوا هل يقوّم الصيد أو المثل إذا اختار الإطعام إن وجب على القول بالوجوب فيشترى بقيمته طعاما ؟ فقال مالك : يقوّم الصيد ، وقال الشافعى : يقوّم المثل ، ولم يختلفوا فى تقدير الصيام بالطعام بالجملة ، وإن كانوا اختلفوا فى التفصيل ، فقال مالك : يصوم لكل مد يوما وهو الذى يطعم عندهم كل مسكين ، وبه قال الشافعى وأهل الحجاز . وقال أهل الكوفة : يصوم لكل مدين يوما ، وهو القدر الذى يطعم كل مسكين عندهم . واختلفوا فى قتل الصيد خطأ هل فيه جزاء أم لا ؟ فالجمهور على أن فيه الجزاء . وقال أهل الظاهر : لاجزاء عليه . واختلفوا فى الجماعة يشتركون فى قتل الصيد . فقال مالك : إذا قتل جماعة محرمون صيدا فعلى كل واحد منهم جزاء كامل ، وبه قال الثورى وجماعة . وقال الشافعى : عليهم جزاء

واحد . وفرق أبو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلونه فى الحرم فقال : على كل واحد من المحرمين جزاء وعلى المحلين جزاء واحد . واختلفوا هل يكون أحد الحكمين قاتل الصيد ، فذهب مالك إلى أنه لايجوز . وقال الشافعى : يجوز . واختلف أصحاب أبى حنيفة على القولين جميعا ، واختلفوا فى موضع الإطعام ، فقال مالك : فى الموضع الذى أصاب فيه الصيد إن كان ثمَّ طعام ، وإلا ففى أقرب المواضع إلى ذلك الموضع . وقال أبوحنيفة : حيثما أطعم . وقال الشافعى : لايطعم إلا مساكين مكة . وأجمع العلماء على أن المحرم إذا قتل الصيد أن عليه الجزاء للنص فى ذلك . واختلفوا فى الحلال يقتل الصيد فى الحرم . فقال جمهور فقهاء الأمصار : عليه الجزاء . وقال داود وأصحابه : لاجزاء عليه . ولم يختلف المسلمون فى تحريم قتل الصيد فى الحرم ، وإنما اختلفوا فى الكفارة وذلك لقوله سبحانه ـ أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا ـ وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن اللهَ حَرَّمَ مَكَّةَ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوات والأرض » وجمهور فقهاء الأمصار على أن المحرم إذا قتل الصيد وأكله أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة . وروى عن عطاء وطائفة أن فيه كفارتين ، فهذه هى مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الآية .

(وأما الأسباب التى دعتهم إلى هذا الاختلاف) فنحن نشير إلى طرف منها فنقول : أما من اشترط فى وجوب الجزاء أن يكون القتل عمدا فحجته أن اشتراط ذلك نص فى الآية ، وأيضا فإن العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقابا ما . وأما من أوجب الجزاء مع النسيان فلا حجة له ، إلا أن يشبه الجزاء عند إتلاف الصيد بإتلاف الأموال ، فإن الأموال عند الجمهور تضمن خطأ ونسيانا ، لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد فى وجوب الجزاء ، فقد أجاب بعضهم عن هذا : أى العمد إنما اشترط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه فى قوله ـ لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ ـ وذلك لامعنى له لأن الوبال المذوق هو فى الغرامة فسواء قتله مخطئا أو متعمدا قد ذاق الوبال ، ولا خلاف أن الناسى غير معاقب ، وأكثر ما تلزم هذه الحجة لمن كان من أصله أن الكفارات لاتثبت بالقياس ، فإنه لادليل لمن أثبتها على الناسى إلا القياس . وأما اختلافهم فى المثل هل هو الشبيه أو المثل فى القيمة ، فإن

سبب الاختلاف أن المثل يقال على الذى هو مثل وعلى الذى هو مثل فى القيمة ؛ لكن حجة من رأى أن الشبيه أقوى من جهة دلالة اللفظ أن انطلاق لفظ المثل على الشبيه فى لسان العرب أظهر ، وأظهر منه على المثل فى القيمة ، لكن لمن حمل ههنا المثل على القيمة دلائل حركته إلى اعتقاد ذلك : أحدها أن المثل الذى هو العدل هو منصوص عليه فى الإطعام والصيام ، وأيضا فإن المثل إذا حمل ههنا على التعديل كان عاما فى جميع الصيد ، فإن من الصيد ما لايلفى له شبيه ، وأيضا فإن المثل فيما لايوجد له شبيه هو التعديل ، وليس يوجد للحيوان المصيد فى الحقيقة شبيه إلا من جنسه ، وقد نص أن المثل الواجب فيه هو من غير جنسه ، فوجب أن يكون مثلا فى التعديل والقيمة ، وأيضا فإن الحكم فى الشبيه قد فرغ منه ، . فأما الحكم بالتعديل فهو شيء يختلف باختلاف الأوقات ، ولذلك هو كل وقت يحتاج إلى الحكمين المنصوص عليهما ، وعلى هذا يأتى التقدير فى الآية بمشابه ، ، فكأنه قال : ومن قتله منكم متعمدا فعليه قيمة ما قتل من النعم أو عدل القيمة طعاما أو عدل ذلك صياما . وأما اختلافهم هل المقدر هو الصيد أو مثله من النعم إذا قدّر بالطعام ، فمن قال المقدر هو الصيد قال : لأنه الذى لما لم يوجد مثله رجع إلى تقديره بالطعام ، ومن قال إن المقدر هو الواجب من النعم قال : لأن الشيء إنما تقدر قيمته إذا عدم بتقدير مثله أعنى شبيهه . وأما من قال إن الآية على التخيير فإنه التفت إلى حرف «أو» إذ كان مقتضاها فى لسان العرب التخيير وأما من نظر إلى ترتيب الكفارات فى ذلك فشبهها فى الكفارات التى فيها الترتيب باتفاق ، وهى كفارة الظهار والقتل . وأما اختلافهم فى هل يستأنف الحكم فى الصيد الواحد الذى قد وقع الحكم فيه من الصحابة ، فالسبب فى اختلافهم هو هل الحكم شرعى غير معقول المعنى أم هذا معقول المعنى ؟ فمن قال هو معقول المعنى قال : ما قد حكم فيه فليس يوجد شيء أشبه به منه ، مثل النعامة فإنه لايوجد أشبه بها من البدنة فلا معنى لإعادة الحكم ، ومن قال هو عبادة قال : يعاد ولا بد منه ، وبه قال مالك . وأما اختلافهم فى الجماعة يشتركون فى قتل الصيد الواحد ، فسببه هل الجزاء موجبه هو التعدى فقط أو التعدى على جملة الصيد ؟ فمن قال التعدى فقط أوجب على

كل واحد من الجماعة القاتلة للصيد جزاء ، ومن قال التعدى على جملة الصيد قال : عليهم جزاء واحد . وهذه المسئلة شبيهة بالقصاص فى النصاب فى السرقة وفى القصاص فى الأعضاء وفى الأنفس ، وستأتى فى مواضعها من من هذا الكتاب إن شاء الله . وتفريق أبى حنيفة بين المحرمين وبين غير المحرمين القاتلين فى الحرم على جهة التغليظ على المحرمين ، ومن أوجب على كل واحد من الجماعة جزاء فإنما نظر إلى سد الذرئع ، فإنه لو سقط عنهم الجزاء جملة لكان من أراد أن يصيد فى الحرم صاد فى جماعة ، وإذا قلنا إن الجزاء هو كفارة للإثم فيشبه أنه لايتبعض إثم قتل الصيد بالاشتراك فيه ، فيجب أن لايتبعض الجزاء فيجب على كل واحد كفارة . وأما اختلافهم فى هل يكون أحد الحكمين قاتل الصيد ، فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الأصلى فى الشرع ، وذلك أنه لم يشترطوا فى الحكمين إلا العدالة ، فيجب على ظاهر هذا أن يجوز الحكم ممن يوجد فيه هـذا الشرط ، سواء كان قاتل الصيد أو غير قاتل . وأما مفهوم المعنى الأصلى فى الشرع فهو أن المحكوم عليه لايكون حاكما على نفسه . وأما اختلافهم فى الموضع ، فسببه الإطلاق أعنى أنه لم يشترط فيه موضع ، فمن شبهه بالزكاة فى أنه حق للمساكين فقال لاينقل من موضعه . وأما من رأى أن المقصود بذلك إنما هو الرفق بمساكين مكة قال : لايطعم إلا مساكين مكة ، ومن اعتمد ظاهر الإطلاق قال : يطعم حيث شاء . وأما اختلافهم فى الحلال يقتل الصيد فى الحرم هل عليه كفارة أم لا ؟ فسببه هل يقاس فى الكفارات عند من يقول بالقياس ؟ وهل القياس أصل من أصول الشرع عند الذين يختلفون فيه ؟ فأهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد فى الحرم على المحرم لمنعهم القياس فى الشرع ، ويحق على أصل أبى حنيفة أن يمنعه لمنعه القياس فى الكفارات ، ولا خلاف بينهم فى تعلق الاسم به لقوله سبحانه وتعالى – أو لم يروا أنا جعلنا حراما آمنا ويتخطف الناس من حولهم – وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض » وأما اختلافهم فيمن قتله ثم أكله هل عليه جزاء واحد أم جزاءان ؟ فسببه هل أكله تعد ثان عليه سوى تعدى القتل أم لا ؟ وإن كان تعديا عليه فهل هو مساو

للتعدى الأول أم لا ؟ وذلك أنهم اتفقوا على أنه إن أكل أثم ، ولما كان النظر فى كفارة الجزاء يشتمل على أربعة أركان : معرفة الواجب فى ذلك ، ومعرفة من تجب عليه ، ومعرفة الفعل الذى لأجله يجب ، ومعرفة محل الوجوب . وكان قد تقدم الكلام فى أكثر هذه الأجناس ، وبقى من ذلك أمران : أحدهما اختلاف فى بعض الواجبات من الأمثال فى بعض المصيدات والثانى ما هو صيد مما ليس بصيد يجب أن ينظر فيما بقى علينا من ذلك . فمن أصول هذا الباب ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى الضبع بكبش ، وفى الغزال بعنز ، وفى الأرنب ، وفى اليربوع بجفرة ، واليربوع : دويبة لها أربع قوائم وذنب تجتر كما تجتر الشاة ، وهى من ذاوت الكروش ، والعنز عند أهل العلم من المعز ماقد ولد أو ولد مثله ، والجفرة والعناق من المعز ، فالجفرة ماأكل واستغنى عن الرضاع ، والعناق قيل فوق الجفرة وقيل دونها ، وخالف مالك هذا الحديث فقال : فى الأرنب واليربوع لايقوّمان إلا بما يجوز هديا وأضحية ، وذلك الجذع فما فوقه من الضأن ، والثنى لها فوقه من الإبل والبقر . وحجة مالك قوله تعالى ـ هديا بالغ الكعبة ـ ولم يختلفوا أن من جعل على نفسه هديا أنه لايجزيه أقل من الجذع فا فوقه من الضأن والثنى مما سواه ، وفى صغار الصيد عند مالك مثل ما فى كباره . وقال الشافعى : يفدى صغار الصيد بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار منها ، وهو مروى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود ، وحجته أنها حقيقة المثل ، فعنده فى النعامة الكبيرة بدنة ، وفى الصغيرة فصيل ، وأبو حنيفة على أصله فى القيمة . واختلفوا من هذا الباب فى حمام مكة وغيرها ، فقال مالك فى حمام مكة : شاة ، وفى حمام الحل حكومة . واختلف قول ابن القاسم فى حمام الحرم غير مكة ، فقال مرة شاة كحمام مكة ، ومرة قال حكومة كحمام الحل . وقال الشافعى : فى كل حمام شاة ، وفى حمام سوى الحرم قيمته . وقال داود كل شىء لامثل له من الصيد فلا جزاء فيها إلا الحمام فإن فيه شاة ، ولعله ظن ذلك إجماعا ، فإنه روى عن عمر بن الخطاب ولا مخالف له من الصحابة . وروى عن عطاء أنه قال : فى كل شىء من الطير شاة . واختلفوا من هذا الباب فى بيض النعامة ، فقال

مالك : أرى فى بيض النعامة عشر ثمن البدنة ، وأبو حنيفة على أصله فى القيمة . ووافقه الشافعى فى هذه المسئلة . وبه قال أبو ثور . وقال أبو حنيفة: إن كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء : أعنى جزاء النعامة . واشترط أبو ثور فى ذلك أن يخرج حيا ثم يموت . وروى عن على أنه قضى فى بيض النعامة بأن يرسل الفحل على الإبل فإذا تبين لقاحها سميت ما أصبت من البيض، فقلت : وهذا هدى ، ثم ليس عليك ضمان مافسد من الحمل . وقال عطاء : من كانت له إبل فالقول قول على ، وإلا ففى كل بيضة درهمان ، قال أبو عمر : وقد روى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبى عليه الصلاة والسلام « فى بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه » من وجه ليس بالقوى . وروى عن ابن مسعود أن فيه القيمة ، وقال : وفيه أثر ضعيف . وأكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على المحرم فيه الجزاء . واختلفوا فى الواجب من ذلك ، فقال عمر رضى الله عنه : قبضة من طعام ، وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة وأصحابه: تمرة خير من جرادة . وقال الشافعى : فى الجراد قيمته ، وبه قال أبو ثور إلا أنه قال : كل ما تصدق به من حفنة طعام أو تمرة فهو له قيمة . وروى عن ابن عباس أن فيها تمرة مثل قول أبى حنيفة . وقال ربيعة : فيها صاع من طعام وهو شاذ . وقد روى عن ابن عمر أن فيها شويهة وهو أيضا شاذ ، فهذه هى مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه ، واختلفوا فيما هو الجزاء فيه . وأما اختلافهم فيما هو صيد مما ليس بصيد ، وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فإنهم اتفقوا على أن صيد البر محرّم على المحرم إلا الخمس الفواسق المنصوص عليها ، واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق ، وكذلك اتفقوا على أن صيد البحر حلال كله للمحرم ، واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه ، وهذا كله لقوله تعالى ـ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ البَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعا لَكُمْ وللسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ البَرِّ مادُمْتُمْ حُرُما ـ ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الجنسين وما اختلفوا فيه ، فنقول : ثبت من حديث ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خَمْسٌ مِنَ الدَّوابِّ لَيْسَ عَلَى المُحْرِمِ جُنَاحٌ فى قَتْلِهِنَّ : الغُرَابُ والحِدَأَةُ

والعَقْرَبُ والفأْرَةُ والكَلْبُ العَقُورُ » واتفق العلماء على القول بهذا الحديث ، وجمهورهم على القول بإباحة قتل ما تضمنه لكونه ليس بصيد وإن كان بعضهم اشترط فى ذلك أوصافا مَّا . واختلفوا هل هذا باب من الخاص أريد به الخاص ، أو من باب الخاص أريد به العام ، والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا فى أىّ عام أريد بذلك ، فقال مالك : الكلب العقور الوارد فى الحديث إشارة إلى كل سبع عاد ، وأن ما ليس بعاد من السباع فليس للمحرم قتله ولم ير قتل صغارها التى لاتعدو ولاما كان منها أيضا لايعدو ولا خلاف بينهم فى قتل الحية والأفعى والأسود ، وهو مروى عن النبى عليه الصلاة والسلام من حديث أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تُقْتَلُ الأفْعَى والأسْوَدُ » وقال مالك : لاأرى قتل الوزغ ، والأخبار بقتلها متواترة ، لكن مطلقا لافى الحرم ، ولذلك توقف فيها مالك فى الحرم . وقال أبو حنيفة : لايقتل من الكلاب العقورة إلا الكلب الإنسى والذئب ، وشذت طائفة فقالت : لايقتل إلا الغراب الأبقع . وقال الشافعى كل محرّم الأكل فهو معنىّ فى الخمس . وعمدة الشافعى أنه إنما حرم على المحرم ما أحل للحلال ، وأن المباحة الأكل لايجوز قتلها بإجماع لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهائم . وأما أبو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الإنسى فقط بل من معناه كل ذئب وحشى . واختلفوا فى الزنبور فبعضهم شبهه بالعقرب ، وبعضهم رأى أنه أضعف نكاية من العقرب . وبالجملة فالمنصوص عليها تتضمن أنواعا من الفساد ، فمن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام ألحق بواحد واحد منها ما يشبهه إن كان له شبه ، ومن لم ير ذلك قصر النهى على المنطوق به . وشذت طائفة فقالت : لايقتل إلا الغراب الأبقع ، فخصصت عموم الاسم الوارد فى الحديث الثابت بما روى عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام قال « خمس يقتلن فى الحرم ، فذكر فيهن الغراب الأبقع » وشذ النخعى فمنع المحرم قتل الصيد إلا الفأرة . وأما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ليس هو منه ، فانهم اتفقوا على أن السمك من صيد البحر ، واختلفوا فيما عدا السمك ، وذلك بناء منهم على أن ما كان منه يحتاج

إلى ذكاة فليس من صيد البحر ، وأكثر ذلك ما كان محرما ، ولا خلاف بين من يحل جميع ما فى البحر فى أن صيده حلال ، وإنما اختلف هؤلاء فيما كان من الحيوان يعيش فى البر وفى الماء بأى الحكمين يلحق ؟ وقياس قول أكثر العلماء أنه يلحق بالذى عيشه فيه غالبا ، وهو حيث يولد . والجمهور على أن طير الماء محكوم له بحكم حيوان البر . وروى عن عطاء أنه قال فى طير الماء حيث يكون أغلب عيشه يحكم له بحكمه : واختلفوا فى نبات الحرم هل فيه جزاء أم لا ؟ فقال مالك : لاجزاء فيه ، وإنما فيه الإثم فقط للنهى الوارد فى ذلك . وقال الشافعى : فيه الجزاء فى الدوحة بقرة ، وفيما دونها شاة . وقال أبوحنيفة : كل ما كان من غرس الإنسان فلا شىء فيه ، وكل ما كان نابتا بطبعه ففيه قيمة . وسبب الخلاف هل يقاس النبات فى هذا على الحيوان لاجتماعهما فى النهى عن ذلك فى قوله عليه الصلاة والسلام « لايُنَفَّرُ صَيْدُها ولا يُعْضَدُ شَجَرُها » فهذا هو القول فى مشهور مسائل هذا الجنس ، فلنقل فى حكم الحالق رأسه قبل محل الحلق .

القول فى فدية الأذى وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق

وأما فدية الأذى فمجمع أيضا عليها لورود الكتاب بذلك والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى ـ فَمَنْ كانَ مِنْكُمْ مَرِيضا أوْ بِهِ أذى مِنْ رأسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيامٍ أوْ صَدَقَةٍ أوْ نُسُكٍ ـ . وأما السنة فحديث كعب ابن عجرة الثابت « أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما ، فآذاه القمل فى رأسه ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال : صُمْ ثَلاثَةَ أيَّامٍ أوْ أطْعِمْ سِتَّةَ مَساكِينَ مُدَّيْنِ لِكُلِّ إنْسانٍ ، أوْ انْسُكْ بِشاةٍ ، أىَّ ذلكَ فَعَلْتَ أجزْأَ عَنْكَ » والكلام فى هذه الآية على من تجب الفدية ، وعلى من لاتجب ، وإذا وجبت فما هى الفدية الواجبة ؟ وفى أى شىء تجب الفدية ، ولمن تجب ومتى تجب وأين تجب ؟ فأما على من تجب الفدية ، فإن العلماء أجمعوا على أنها واجبة على كل من أماط الأذى من ضرورة لورود النص بذلك . واختلفوا فيمن أماطه بغير ضرورة . فقال

مالك : عليه الفدية المنصوص عليها. وقال الشافعى وأبوحنيفة : إن حلق دون ضرورة فإنما عليه دم فقط ، واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية بإماطة الأذى أن يكون متعمدا أو الناسى فى ذلك والمتعمد سواء ، فقال مالك : العامد فى ذلك والناسى واحد ، وهو قول أبى حنيفة والثورى والليث . وقال الشافعى فى أحد قوليه وأهل الظاهر : لافدية على الناسى ، فمن اشترط فى وجوب الفدية الضرورة فدليله النص ، ومن أوجب ذلك على غير المضطر فحجته أنه إذا وجبت على المضطر فهى على غير المضطر أوجب ، ومن فرق بين العامد والناسى فلتفريق الشرع فى ذلك بينهما فى مواضع كثيرة ، ولعموم قوله تعالى ـ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِنْ ما تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ـ ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » ومن لم يفرق بينهما فقياسا على كثير من العبادات التى لم يفرق الشرع فيها بين الخطأ والنسيان . وأما ما يجب فى فدية الأذى ، فإن العلماء أجمعوا على أنها ثلاث خصال على التخيير : الصيام والإطعام والنسك لقوله تعالى ـ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ـ والجمهور على أن الإطعام هو لستة مساكين ، وأن النسك أقله شاة . وروى عن الحسن وعكرمة ونافع أنهم قالوا : الإطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة أيام . ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت . وأما من قال : الصيام عشرة أيام فقياسا على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الإطعام ، ولما ورد أيضا فى جزاء الصيد فى قوله سبحانه ـ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَاما ـ وأما كم يطعم لكل مسكين من المساكين الستة التى ورد فيها النص ، فإن الفقهاء اختلفوا فى ذلك لاختلاف الآثار فى الإطعام فى الكفارات ، فقال مالك والشافعى وأبوحنيفة وأصحابهم : الإطعام فى ذلك مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم لكل مسكين . وروى عن الثورى أنه قال : من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع . وروى أيضا عن أبى حنيفة مثله وهو أصله فى الكفارات . وأما ما تجب فيه الفدية ، فاتفقوا على أنها تجب على من حلق رأسه لضرورة مرض أو حيوان يؤذيه فى رأسه . قال ابن عباس : المرض أن يكون برأسه قروح ، والأذى : القمل وغيره . وقال عطاء : المرض : الصداع . والأذى : القمل وغيره . والجمهور على أن كل ما منعه

المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الأظفار أنه إذا استباحه فعليه الفدية : أى دم على اختلاف بينهم فى ذلك أو إطعام ، ولم يفرقوا بين الضرر وغيره فى هذه الأشياء ، وكذلك استعمال الطيب . وقال قوم : ليس فى قص الأظفار شىء . وقال قوم : فيه دم . وحكى ابن المنذر أن من منع المحرم قص الأظفار إجماع . واختلفوا فيمن أخذ بعض أظفاره ، فقال الشافعى وأبو ثور : إن أخذ ظفرا واحدا أطعم مسكينا واحدا ، وإن أخذ ظفرين أطعم مسكينين ، وإن أخذ ثلاثا فعليه دم فى مقام واحد . وقال أبو حنيفة فى أحد أقواله : لاشىء عليه حتى يقصها كلها . وقال أبو محمد بن حزم : يقص المحرم أظفاره وشاربه وهو شذوذ ، وعنده أن لافدية إلا من حلق الرأس فقط للعذر الذى ورد فيه النص . وأجمعوا على منع حلق شعر الرأس ، واختلفوا فى حلق الشعر من سائر الجسد ، فالجمهور على أن فيه الفدية . وقال داود : لافدية فيه . واختلفوا فيمن نتف من رأسه الشعرة والشعرتين أو من لحمه ، فقال مالك : ليس على من نتف الشعر اليسير شىء إلا أن يكون أماط به أذى فعليه الفدية . وقال الحسن : فى الشعرة مد وفى الشعرتين مدان ، وفى الثلاثة دم ، وبه قال الشافعى وأبو ثور . وقال عبد الملك صاحب مالك : فيما قل من الشعر إطعام وفيما كثر فدية . فمن فهم من منع المحرم حلق الشعر أنه عبادة سوّى بين القليل والكثير . ومن فهم من ذلك منع النظافة والزين والاستراحة التى فى حلقه فرق بين القليل والكثير ، لأن القليل ليس فى إزالته زوال أذى . أما موضع الفدية فاختلفوا فيه ، فقال مالك : يفعل من ذلك ماشاء أين شاء بمكة وبغيرها وإن شاء ببلده ، وسواء عنده فى ذلك ذبح النسك والإطعام والصيام ، وهو قول مجاهد ، والذى عند مالك ههنا هو نسك وليس بهدى . فإن الهدى لايكون إلا بمكة أو بمنى . وقال أبو حنيفة والشافعى : الدم والإطعام لايجزيان إلا بمكة والصوم حيث شاء . وقال ابن عباس : ما كان من دم فبمكة ، وما كان من إطعام وصيام فحيث شاء ، وعن أبى حنيفة مثله . ولم يختلف قول الشافعى أن دم الإطعام لايجزئ إلا لمساكين الحرم . وسبب الخلاف استعمال قياس دم النسك على الهدى ، فمن قاسه على الهدى أوجب فيه شروط الهدى من الذبح فى المكان المخصوص به وفى مساكين الحرم ، وإن

كان مالك يرى أن الهدى يجوز إطعامه لغير مساكين الحرم ، والذى يجمع النسك والهدى هو أن المقصود بهما منفعة المساكين المجاورين لبيت الله ، والمخالف يقول : إن الشرع لما فرق بين اسمهما فسمى أحدهما نسكا وسمى الآخر هديا وجب أن يكون حكمهما مختلفا . وأما الوقت فالجمهور على أن هذه الكفارة لاتكون إلا بعد إماطة الأذى ، ولا يبعد أن يدخله الخلاف قياسا على كفارة الأيمان ، فهذا هو القول فى كفارة إماطة الأذى : واختلفوا فى حلق الرأس هل هو من مناسك الحج أو هو مما يتحلل به منه ؟ ولا خلاف بين الجمهور فى أنه من أعمال الحج ، وأن الحلق أفضل من التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اللَّهُمَّ ارْحَمِ المُحَلِّقِينَ ، قالوا : والمقصّرين يا رسول الله ، قال : اللَّهُمَّ ارْحَمِ المُحَلِّقِينَ ، قالوا : والمقصرين يا رسول الله ، قال : اللَّهُمَّ ارْحَمِ المُحَلِّقِينَ ، قالوا : والمقصرين يا رسول الله ، قال : والمُقَصِّرِينَ » وأجمع العلماء على أن النساء لايحلقن وأن سنتهنّ التقصير . واختلفوا هل هو نسك يجب على الحاج والمعتمر أولا ؟ فقال مالك : الحلاق نسك للحاج وللمعتمر وهو أفضل من التقصير ، ويجب على كل من فاته الحج وأحصر بعدو أومرض أو بعذر وهو قول جماعة الفقهاء إلا فى المحصر بعدو ، فإن أبا حنيفة قال : ليس عليه حلاق ولا تقصير . وبالجملة فمن جعل الحلاق أو التقصير نسكا أوجب فى تركه الدم ، ومن لم يجعله من النسك لم يوجب فيه شيئا .

القول فى كفارة المتمتع

وأما كفارة المتمتع التى نص الله عليها فى قوله سبحانه ـ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالعُمْرَةِ إلى الحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الهَدْيِ ـ الآية ، فإنه لاخلاف فى وجوبها ، وإنما الخلاف فى المتمتع من هو ؟ وقد تقدم ما فى ذلك من الخلاف والقول فى هذه الكفارة أيضا يرجع إلى تلك الأجناس بعينها على من تجب ؟ وما الواجب فيها ؟ ومتى تجب ولمن تجب وفى أى مكان تجب ؟ فأما على من

تجب فعلى المتمتع باتفاق ، وقد تقدم الخلاف فى المتمتع من هو . وأما اختلافهم فى الواجب ، فإن الجمهور من العلماء على أن ما استيسر من الهدى هو شاة ، واحتج مالك فى أن اسم الهدى قد ينطلق على الشاة بقوله تعالى فى جزاء الصيد ـ هديا بالغ الكعبة ـ ومعلوم بالإجماع أنه قد يجب فى جزاء الصيد شاة ، وذهب ابن عمر إلى أن اسم الهدى لاينطلق إلا على الإبل والبقر ، وأن معنى قوله تعالى ـ فما استيسر من الهدى ـ أى بقرة أدون من بقرة ، وبدنة أدون من بدنة . وأجمعوا أن هذه الكفارة على الترتيب ، وأنّ من لم يجد الهدى فعليه الصيام . واختلفوا فى حد الزمان الذى ينتقل بانقضائه فرضه من الهدى إلى الصيام ، فقال مالك : إذا شرع فى الصوم فقد أنتقل واجبه إلى الصوم وإن وجد الهدى فى أثناء الصوم : وقال أبوحنيفة : إن وجد الهدى فى صوم الثلاثة الأيام لزمه ، وإن وجده فى صوم السبعة لم يلزمه ، وهذه المسئلة نظير مسئلة من طلع عليه الماء فى الصلاة وهو متيمم . وسبب الخلاف هو هل ما هو شرط فى ابتداء العبادة هو شرط فى استمرارها : وإنما فرق أبوحنيفة بين الثلاثة والسبعة ، لأن الثلاثة الأيام هى عنده بدل من الهدى والسبعة ليست ببدل ، وأجمعوا على أنه إذا صام الثلاثة الأيام فى العشر الأول من ذى الحجة أنه قد أتى بها فى محلها لقوله سبحانه ـ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ فى الحَجّ ـ ولا خلاف أن العشر الأُول من أيام الحج : واختلفوا فيمن صامها فى أيام عمل العمرة قبل أن يهلّ بالحج أو صامها فى أيام منى ، فأجاز مالك صيامها فى أيام منى ومنعه أبوحنيفة وقال : إذا فاتته الأيام الأولى وجب الهدى فى ذمته ومنعه مالك قبل الشروع فى عمل الحج وأجازه أبوحنيفة . وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الأيام المختلف فيها أم لا ؟ وإن انطلق فهل من شرط الكفارة أن لاتجزى إلا بعد وقوع موجبها ، فمن قال : لاتجزى كفارة إلا بعد وقوع موجبها قال : لايجزى الصوم إلا بعد الشروع فى الحج ، ومن قاسها على كفارة الأيمان قال : يجزي . واتفقوا أنه إذا صام السبعة الأيام فى أهله أجزأه ، واختلفوا إذا صامها فى الطريق فقال مالك : يجزى الصوم ، وقال الشافعى : لايجزى . وسبب الخلاف الاحتمال الذى فى قوله سبحانه ـ إِذَا رَجَعْتُمْ ـ فإن اسم الراجع ينطلق على من فرغ من الرجوع ، وعلى من هو فى الرجوع نفسه ، فهذه هى الكفارة التى ثبتت

بالسمع وهى من المتفق عليها ، ولا خلاف أن من فاته الحج بعد أن شرع فيه إما بفوت ركن من أركانه ، وإما من قبل غلطه فى الزمان ، أو من قبل جهله أو نسيانه أو إتيانه فى الحج فعلا مفسدا له ، فإن عليه القضاء إذا كان حجا واجبا وهل عليه هدى مع القضاء ؟ اختلفوا فيه ، وإن كان تطوعا فهل عليه قضاء أم لا ؟ الخلاف فى ذلك كله ، لكن الجمهور على أن عليه الهدى لكون النقصان الداخل عليه مشعرا بوجوب الهدى . وشذ قوم فقالوا : لاهدى أصلا ولا قضاء إلا أن يكون فى حج واجب ، ومما يخص الحج الفاسد عند الجمهور دون سائر العبادات أنه يمضى فيه المفسد له ولا يقطعه وعليه دم . وشذ قوم فقالوا هو كسائر العبادات ، وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى - وَأَتِمُّوا الحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلهِ - فالجمهور عمموا والمخالفون خصصوا قياسا على غيرها من العبادات إذا وردت عليها المفسدات ، واتفقوا على أن المفسد للحج إما من الأفعال المأمور بها فترك الأركان التى هى شرط فى صحته على اختلافهم فيما هو ركن مما ليس بركن . وأما من التروك المنهى عنها فالجماع ، وإن كانوا اختلفوا فى الوقت الذى إذا وقع فيه الجماع كان مفسدا للحج . فأما إجماعهم على إفساد الجماع للحج فلقوله سبحانه - فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الحَجَّ فَلا رَفَثَ ولا فُسُوقَ وَلا جِدَالَ فى الحَجِّ - واتفقوا على أن من وطئ قبل الوقوف بعرفة فقد أفسد حجه ، وكذلك من وطئ من المعتمرين قبل أن يطوف ويسعى . واختلفوا فى فساد الحج بالوطء بعد الوقوف بعرفة وقبل رمى جمرة العقبة وبعد رمى الجمرة وقبل طواف الإفاضة الذى هو الواجب ، فقال مالك : من وطئ قبل رمى جمرة العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدى والقضاء ، وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة والثورى : عليه الهدى بدنة وحجه تام . وقد روى مثل هذا عن مالك . وقال مالك : من وطئ بعد رمى جمرة العقبة وقبل طواف الإفاضة فحجه تام ، وبقول مالك فى أن الوطء قبل طواف الإفاضة لايفسد الحج قال الجمهور : ويلزمه عندهم الهدى . وقالت طائفة : من وطئ قبل طواف الإفاضة فسد حجه ، وهو قول ابن عمر . وسبب الخلاف أن للحج تحللا يشبه السلام فى الصلاة وهو التحلل الأكبر وهو الإفاضة وتحللا أصغر ، وهل يشترط فى إباحة الجماع تحللان أو أحدهما ؟

ولا خلاف بينهم أن التحلل الأصغر الذى هو رمى الجمرة يوم النحر أنه يحل به الحاج من كل شىء حرم عليه بالحج إلا النساء والطيب والصيد ، فإنهم اختلفوا فيه ، والمشهور عن مالك أنه يحل له كل شىء إلا النساء والطيب ، وقيل عنه إلا النساء والطيب والصيد ،لأن الظاهر من قوله - وإذا حَلَلْتُمْ فاصطادُوا - أنه التحلل الأكبر . واتفقوا أيضا على أن المعتمر يحل من عمرته إذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة وإن لم يكن حلق ولا قصر لثبوت الآثار فى ذلك إلا خلافا شاذا . وروى عن ابن عباس أنه يحل بالطواف . وقال أبو حنيفة : لا يحل إلا بعد الحلاق ، وإن جامع قبله فسدت عمرته . واختلفوا فى صفة الجماع الذى يفسد الحج وفى مقدماته ، فالجمهور على أن التقاء الختانين يفسد الحج ، ويحتمل من يشترط فى وجوب الطهر الإنزال مع التقاء الختانين أن يشترطه فى الحج . واختلفوا فى إنزال الماء فيما دون الفرج ، فقال أبو حنيفة : لا يفسد الحج إلا الإنزال فى الفرج . وقال الشافعى مايوجب الحد يفسد الحج . وقال مالك : الإنزال نفسه يفسد الحج ، وكذلك مقدماته من المباشرة والقبلة . واستحب الشافعى فيمن جامع دون الفرج أن يهدى . واختلفوا فيمن وطئ مرارا ، فقال مالك : ليس عليه إلا هدى واحد . وقال أبو حنيفة : إن كرر الوطء فى مجلس واحد كان عليه هدى واحد ، وإن كرره فى مجالس كان عليه لكل وطء هدى . وقال محمد بن الحسن : يجزيه هدى واحد ، وإن كرر الوطء ما لم يهد لوطئه الأول . وعن الشافعى الثلاثة الأقوال ، إلا أن الأشهر عنه مثل قول مالك . واختلفوا فيمن وطئ ناسيا ، فسوّى مالك فى ذلك بين العمد والنسيان . وقال الشافعى فى الجديد لا كفارة عليه . واختلفوا هل على المرأة هدى ؟ فقال مالك : إن طاوعته فعليها هدى ، وإن أكرهها فعليه هديان . وقال الشافعى : ليس عليه إلا هدى واحد كقوله فى المجامع فى رمضان وجمهور العلماء على أنهما إذا حجا من قابل تفرقا أعنى الرجل والمرأة ، وقيل لا يفترقان ، والقول بأن لا يفترقا مروى عن بعض الصحابة والتابعين ، وبه قال أبو حنيفة . واختلف قول مالك والشافعى من أين يفترقان ؟ فقال الشافعى : يفترقان من حيث أفسدا الحج ، وقال مالك : يفترقان من حيث أحرما ، إلا أن يكونا أحرما قبل الميقات ، فمن أخذهما بالافتراق فسدا للذريعة وعقوبة ، ومن

لم يؤاخذهما به فجريا على الأصل ، وأنه لايثبت حكم فى هذا الباب إلا بسماع . واختلفوا فى الهدى الواجب فى الجماع ما هو ؟ فقال مالك وأبوحنيفة : هو شاة وقال الشافعى : لاتجزئه إلا بدنة ، وإن لم يجد قوّمت البدنة دراهم وقومت الدراهم طعاما ، فإن لم يجد صام عن كل مد يوما ، قال : والإطعام والهدى لايجزى إلا بمكة أو بمنى والصوم حيث شاء . وقال مالك : كل نقص دخل الإحرام من وطء أو حلق شعر أو إحصار فإن صاحبه إن لم يجد الهدى صام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع ، ولا يدخل الإطعام فيه ، فمالك شبه الدم اللازم ههنا بدم المتمتع ، والشافعى شبهه بالدم الواجب فى الفدية ، والإطعام عند مالك لايكون إلا فى كفارة الصيد وكفارة إزالة الأذى ، والشافعى يرى أن الصيام والإطعام قد وقعا بدل الدم فى موضعين ، ولم يقع بدلهما إلا فى موضع واحد ، فقياس المسكوت عنه على المنطوق به فى الإطعام أولى ، فهذا ما يخص الفساد بالجماع . وأما الفساد بفوات الوقت ، وهو أن يفوته الوقوف بعرفة يوم عرفة ، فإن العلماء أجمعوا أن من هذه صفته لايخرج من إحرامه إلا بالطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة ، أعنى أنه يحل ولا بد بعمرة ، وأن عليه حج قابل . واختلفوا هل عليه هدى أم لا ؟ فقال مالك والشافعى وأحمد والثورى وأبو ثور عليه الهدى ، وعمدتهم إجماعهم على أن من حبسه مرض حتى فاته الحج أن عليه الهدى . وقال أبوحنيفة : يتحلل بعمرة ويحج من قابل ولا هدى عليه . وحجة الكوفيين أن الأصل فى الهدى إنما هو بدل من القضاء ، فإذا كان القضاء فلا هدى إلا ما خصصه الإجماع . واختلف مالك والشافعى وأبوحنيفة فيمن فاته الحج وكان قارنا هل يقضى حجا مفردا أو مقرونا بعمرة ؟ فذهب مالك والشافعى إلى أنه يقضى قارنا لأنه إنما يقضى مثل الذى عليه . وقال أبوحنيفة ليس عليه إلا الإفراد لأنه قد طاف لعمرته فليس يقضى إلا مافاته . وجمهور العلماء على أن من فاته الحج أنه لايقيم على إحرامه ذلك إلى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك ، إلا أنه أجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج أن يتحلل بعمرة . وأصل اختلافهم فى هذه المسئلة اختلافهم فيمن أحرم بالحج فى غير أشهر الحج ، فمن لم يجعله محرّما لم يجز للذى فاته الحج أن يبقى محرما إلى

عام آخر ، ومن أجاز الإحرام فى غير أيام الحج أجازله البقاء محرما ، قال القاضى : فقد قلنا فى الكفارات الواجبة بالنص فى الحج وفى صفة القضاء فى الحج الفائت والفاسد وفى صفة إحلال من فاته الحج ، وقلنا قبل ذلك فى الكفارات المنصوص عليها ، وما ألحق الفقهاء بذلك من كفارة المفسد حجه ، وبقى أن نقول فى الكفارات التى اختلفوا فيها فى ترك نسك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه .

القول فى الكفارات المسكوت عنها

فنقول : إن الجمهور اتفقوا على أن النسك ضربان : نسك هو سنة موكدة ونسك هو مرغب فيه . فالذى هو سنة يجب على تاركه الدم لأنه حج ناقص أصله المتمتع والقارن. وروى عن ابن عباس أنه قال : من فاته من نسكه شىء فعليه دم ، وأما الذى هو نفل فلم يروا فيه دما ، ولكنهم اختلفوا اختلافا كثيرا فى ترك نسك نسك هل فيه دم أم لا ؟ وذلك لاختلافهم فيه هل هو سنة أو نفل ؟ وأما ما كان فرضا فلا خلاف عندهم أنه لايجبر بالدم ، وإنما يختلفون فى الفعل الواحد نفسه من قبل اختلافهم هل هو فرض أم لا ؟ وأما أهل الظاهر فإنهم لايرون دما إلا حيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة فى العبادات ، وكذلك اتفقوا على أن ما كان من التروك مسنونا ففعل ففيه فدية الأذى ، وما كان مرغبا فيه فليس فيه شىء . واختلفوا فى ترك فعل لاختلافهم هل هو سنة أم لا ؟ وأهل الظاهر لايوجبون الفدية إلا فى المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور من اختلاف الفقهاء فى ترك نسك نسك ، أعنى فى وجوب الدم أو لاوجوبه من أول المناسك إلى آخرها ، وكذلك فى فعل محظور محظور ، فأول ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز الميقات فلم يحرم هل عليه دم ؟ فقال قوم : لادم عليه : وقال قوم: عليه الدم وإن رجع ، وهو قول مالك وابن المبارك : وروى عن الثورى . وقال قوم : إن رجع إليه فليس عليه دم ، وإن لم يرجع فعليه دم ، وهو قول الشافعى وأبى يوسف ومحمد ومشهور قول الثورى . وقال أبوحنيفة : إن رجع ملبيا فلا دم عليه ، وإن رجع غير ملب كان عليه الدم : وقال قوم : هو فرض ولا يجبره بالدم :

واختلفوا فيمن غسل رأسه بالخطمى . فقال مالك وأبو حنيفة يفتدى . وقال الثورى وغيره لاشىء عليه . ورأى مالك أن فى الحمام الفدية ، وأباحه الأكثرون وروى عن ابن عباس من طريق ثابت دخوله ، والجمهور على أنه يفتدى من لبس من المحرمين ما نهى عن لباسه . واختلفوا إذا لبس السراويل لعدم الإزار هل يفتدى أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : يفتدى ، وقال الثورى وأحمد وأبوثور وداود : لاشىء عليه إذا لم يجد إزارا . وعمدة من منع النهى المطلق وعمدة من لم ير فيه فدية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « السَّرَاوِيلُ لِمَنْ لَمْ يَجِدِ الإِزَارَ والخُفُّ لِمَنْ لَمْ يَجِدِ النَّعْلَيْنِ » واختلفوا فيمن لبس الخفين مقطوعين مع وجود النعلين ، فقال مالك : عليه الفدية ، وقال أبوحنيفة: لافدية عليه ، والقولان عن الشافعى. واختلفوا فى لبس المرأة القفازين هل فيه فدية أم لا ؟ وقد ذكرنا كثيرا من هذه الأحكام فى باب الإحرام ، وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية هل عليه دم أم لا ؟ وقد تقدم . واتفقوا على أن من نكس الطواف أو نسى شوطا من أشواطه أنه يعيده ما دام بمكة . واختلفوا إذا بلغ إلى أهله ، فقال قوم منهم أبوحنيفة : يجزيه الدم ، وقال قوم : بل يعيد ويجبر ما نقصه ولا يجزيه الدم . وكذلك اختلفوا فى وجوب الدم على من ترك الرمل فى الثلاثة الأشواط ، وبالوجوب قال ابن عباس والشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبوثور . واختلف فى ذلك قول مالك وأصحابه . والخلاف فى هذه الأشياء كلها مبناه على أنه هل هو سنة أم لا ؟ وقد تقدم القول فى ذلك . وتقبيل الحجر أو تقبيل يده بعد وضعها عليه إذا لم يصل الحجر عند كل من لم يوجب الدم قياسا على المتمتع إذا تركه فيه دم . وكذلك اختلفوا فيمن نسى ركعتى الطواف حتى رجع إلى بلده هل عليه دم أم لا ؟ فقال مالك : عليه دم . وقال الثورى : يركعهما ما دام فى الحرم . وقال الشافعى وأبوحنيفة : يركعهما حيث شاء ، والذين قالوا فى طواف الوداع إنه ليس بفرض اختلفوا فيمن تركه ولم تتمكن له العودة إليه هل عليه دم أم لا ؟ فقال مالك : ليس عليه شىء إلا أن يكون قريبا فيعود . وقال أبو حنيفة والثورى : عليه دم إن لم يعد ، وإنما يرجع عندهم

ما لم يبلغ المواقيت ؛ وحجة من لم يره سنة مؤكدة سقوطه عن المكى والحائض . وعند أبى حنيفة أنه إذا لم يدخل الحجر فى الطواف أعاد ما لم يخرج من مكة ، فإن خرج فعليه دم : واختلفوا هل من شرط صحة الطواف المشى فيه مع القدرة عليه ؟ فقال مالك : هو من شرطه كالقيام فى الصلاة ، فإن عجز كان كصلاة القاعد ويعيد عنده أبدا ، إلا إذا رجع إلى بلده فإن عليه دما . وقال الشافعى : الركوب فى الطواف جائز « لأن النبى صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكبا من غير مرض » ولكنه أحب أن يستشرف الناس إليه ، ومن لم ير السعى واجبا فعليه فيه دم إذا انصرف إلى بلده . ومن رآه تطوعا لم يوجب فيه شيئا . وقد تقدم اختلافهم أيضا فيمن قدّم السعى على الطواف هل فيه دم إذا لم يعد حتى يخرج من مكة أم ليس فيه دم ؟ واختلفوا فى وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعى وأحمد : إن عاد فدفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه ، وإن لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم . وقال أبو حنيفة والثورى : عليه الدم رجع أو لم يرجع ، وقد تقدم هذا . واختلفوا فيمن وقف من عرفة بعرنة . فقال الشافعى : لا حج له . وقال مالك : عليه دم . وسبب الاختلاف هل النهى عن الوقوف بها من باب الحظر أو من باب الكراهية ، وقد ذكرنا فى باب أفعال الحج إلى انقضائها كثيرا من اختلافهم فيما فى تركه دم وما ليس فيه دم ، وإن كان الترتيب يقتضى ذكره فى هذا الموضع ، والأسهل ذكره هنالك . قال القاضى : فقد قلنا فى وجوب هذه العبادة وعلى من تجب ؟ وشروط وجوبها ومتى تجب ؟ وهى التى تجرى مجرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة . وقلنا بعد ذلك فى زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه أيضا من الأفعال فى مكان مكان من أماكنها وزمان زمان من أزمنتها الجزئية إلى انقضاء زمانها ، ثم قلنا فى أحكام التحلل الواقع فى هذه العبادة . وما يقبل من ذلك الإصلاح بالكفارات وما لا يقبل الإصلاح بل يوجب الإعادة . وقلنا أيضا فى حكم الإعادة بحسب موجباتها . وفى هذا الباب يدخل من شرع فيها فأحصر بمرض أو عدو أو غير ذلك . والذى بقى من أفعال هذه العبادة هو القول فى الهدى . وذلك أن هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة ، وهو مما ينبغى أن يفرد بالنظر فلنقل فيه :

القول فى الهدى

فنقول : إن النظر فى الهدى يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفية سوقه ومن أين يساق وإلى أين ينتهى بسوقه ، وهوموضع نحره وحكم لحمه بعد النحر ، فنقول : إنهم قد أجمعوا على أن الهدى المسوق فى هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع ؛ فالواجب منه ما هو واجب بالنذر ، ومنه ما هو واجب فى بعض أنواع هذه العبادة ، ومنه ما هو واجب لأنه كفارة . فأما ما هو واجب فى بعض أنواع هذه العبادة فهو هدى المتمتع باتفاق وهدى القارن باختلاف . وأما الذى هو كفارة فهدى القضاء على مذهب من يشترط فيه الهدى ، وهدى كفارة الصيد ، وهدى إلقاء الأذى والتفث وما أشبه ذلك من الهدى الذى قاسه الفقهاء فى الإخلال بنسك نسك منها على المنصوص عليه . فأما جنس الهدى فإن العلماء متفقون على أنه لايكون الهدى إلا من الأزواج الثمانية التى نص الله عليها ، وأن الأفضل فى الهدايا هى الإبل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز ، وإنما اختلفوا فى الضحايا . وأما الأسنان فإنهم أجمعوا أن الثنىّ فما فوقه يجزى منها ، وأنه لايجزى الجذع من المعز فى الضحايا والهدايا لقوله عليه الصلاة والسلام لأبى بردة « تُجزِى عَنْكَ ولا تُجزِى عَنْ أحَدٍ بَعْدَكَ » واختلفوا فى الجذع من الضأن ، فأكثر أهل العلم يقولون بجوازه فى الهدايا والضحايا . وكان ابن عمر يقول : لايجزى فى الهدايا إلا الثنى من كل جنس ، ولا خلاف فى أن الأغلى ثمنا من الهدايا أفضل . وكان الزبير يقول لبنيه : يا بنى لايهدينّ أحدكم لله من الهدى شيئا يستحى أن يهديه لكريمه ، فإن الله أكرم الكرماء وأحق من اختير له ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فى الرّقاب وقد قيل له أيها أفضل فقال : أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » وليس فى عدد الهدى حد معلوم ، وكان هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة . وأما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والإشعار بأنه هدى « لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية ، فلما كان بذى الحليفة قلد الهدى وأشعره

واحرم » وإذا كان الهدى من الإبل والبقر فلا خلاف أنه يقلد نعلا أو نعلين أو ما أشبه ذلك لمن لم يجد النعال: واختلفوا فى تقليد الغنم ، فقال مالك وأبو حنيفة لاتقلد الغنم . وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود : تقلد لحديث الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أهدى إلى البيت مرة غنما فقلده » واستحبوا توجيهه إلى القبلة فى حين تقليده ، واستحب مالك الإشعار من الجانب الأيسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر أنه كان إذا أهدى هديا من المدينة قلده وأشعره بذى الحليفة قلده قبل أن يشعره ، وذلك فى مكان واحد وهو موجه للقبلة يقلده بنعلين ويشعره من الشق الأيسر ، ثم يساق معه حتى يوقف به مع الناس بعرفة ، ثم يدفع به معهم إذا دفعوا ، وإذا قدم منى غداة النحر نحره قبل أن يحلق أو يقصر ، وكان هو ينحر هديه بيده يصفهن قياما ويوجههن للقبلة ثم يأكل ويطعم : واستحب الشافعى وأحمد وأبو ثور الإشعار من الجانب الأيمن لحديث ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ، ثم دعا ببدنه فأشعرها من صفحة سنامها الأيمن ثم سلت الدم عنها وقلدها بنعلين ثم ركب راحلته ، فلما استوت على البيداء أهل بالحج » وأما من أين يساق الهدى ؟ فإن مالكا يرى أن من سنته أن يساق من الحل ، ولذلك ذهب إلى أن من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل أن عليه أن يقفه بعرفة ، وإن لم يفعل فعليه البدل . وأما إن كان أدخله من الحل فيستحب له أن يقفه بعرفة ، وهو قول ابن عمر ، وبه قال الليث . وقال الشافعى والثورى وأبو ثور : وقوف الهدى بعرفة سنة ، ولا حرج على من لم يقفه كان داخلا من الحل أو لم يكن . وقال أبو حنيفة ليس توقيف الهدى بعرفة من السنة ، وحجة مالك فى إدخال الهدى من الحل إلى الحرم « أن النبى عليه الصلاة والسلام كذلك فعل وقال : خذوا عنى مناسككم » وقال الشافعى : التعريف سنة مثل التقليد . وقال أبو حنيفة : ليس التعريف بسنة ، وإنما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن مسكنه كان خارج الحرم. وروى عن عائشة التخيير فى تعريف الهدى أو لاتعريفه . وأما محله فهو البيت العتيق كما قال تعالى ـ ثُمَّ مَحِلُّها إلى البَيْتِ العَتِيقِ ـ وقال ـ هديا بالغ الكعبة ـ وأجمع العلماء على أن الكعبة لايجوز لأحد فيها ذبح ، وكذلك المسجد الحرام ، وأن

المعنى فى قوله ـ هديا بالغ الكعبة ـ أنه إنما أراد به النحر بمكة إحسانا منه لمساكينهم وفقرائهم . وكان مالك يقول : إنما المعنى فى قوله ـ هديا بالغ الكعبة ـ مكة ، وكان لايجيز لمن نحر هديه فى الحرم إلا أن ينحره بمكة . وقال الشافعى وأبوحنيفة : إن نحره فى غير مكة من الحرم أجزأه . وقال الطبرى : يجوز نحر الهدى حيث شاء المهدى إلا هدى القران وجزاء الصيد فإنهما لاينحران إلا بالحرم . وبالجملة فالنحر بمنى إجماع من العلماء وفى العمرة بمكة ، إلا ما اختلفوا فيه من نحر المحصر . وعند مالك إن نحر للحج بمكة والعمرة بمنى أجزأه ، وحجة مالك فى أنه لايجوز النحر بالحرم إلا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم « وكُلُّ فِجاجِ مَكَّةَ وَطُرُقِها مَنْحَرٌ » واستثنى مالك من ذلك هدى الفدية ، فأجاز ذبحه بغير مكة . وأما متى ينحر فإن مالكا قال : إن ذبح هدى التمتع أو التطوع قبل يوم النحر لم يجزه ، وجوّزه أبوحنيفة فى التطوع وقال الشافعى : يجوز فى كليهما قبل يوم النحر ، ولا خلاف عند الجمهور أن ما عدل من الهدى بالصيام أنه يجوز حيث شاء ، لأنه لامنفعة فى ذلك لا لأهل الحرم ولا لأهل مكة ، وإنما اختلفوا فى الصدقة المعدولة عن الهدى ، فجمهور العلماء على أنها لمساكين مكة والحرم ، لأنها بدل من جزاء الصيد الذى هو لهم ، وقال مالك : الإطعام كالصيام يجوز بغير مكة . وأما صفة النحر فالجمهور مجمعون على أن التسمية مستحبة فيها لأنها زكاة ، ومنهم من استحب مع التسمية التكبير . ويستحب للمهدى أن يلى نحر هديه بيده وإن استخلف جاز ، وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هديه ، ومن سنتها أن تنحر قياما لقوله سبحانه وتعالى ـ فاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيْها صَوَافَّ ـ وقد تكلم فى صفة النحر فى كتاب الذبائح . وأما مايجوز لصاحب الهدى من الانتفاع به وبلحمه فإن فى ذلك مسائل مشهورة : أحدها هل يجوز له ركوب الهدى الواجب أو التطوع ؟ فذهب أهل الظاهر إلى أن ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة ، وبعضهم أوجب ذلك ، وكره جمهور فقهاء الأمصار ركوبها من غير ضرورة ، والحجة للجمهور ما خرّجه أبوداود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدى فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ارْكَبْها بالمَعْرُوفِ إذَا أُلْجِئْتَ إلَيْها حَتَّى تَجِدَ ظَهْرًا » ومن طريق

المعنى أن الانتفاع بما قصد به القربة إلى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة ، وحجة أهل الظاهر ما رواه مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال : ارْكَبْها ، فقال : يا رسول الله إنها هدى ، فقال : ارْكَبْها ، ويلك فى الثانية أو فى الثالثة » . وأجمعوا أن هدى التطوع إذا بلغ محله أنه يأكل منه صاحبه كسائر الناس ، وأنه إذا عطب قبل أن يبلغ محله خلى بينه وبين الناس ولم يأكل منه ، وزاد داود : ولا يطعم منه شيئا أهل رفقته « لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث بالهدى مع ناجية الأسلمى وقال له : إنْ عَطِبَ مِنْها شَىْءٌ فانْحَرْهُ ثُمَّ اصْبُغْ نَعْلَيْهِ فى دَمِهِ وَخَلِّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ » وروى عن ابن عباس هذا الحديث فزاد فيه « ولا تأكُلْ مِنْهُ أنْتَ ولا أهْلُ رِفْقَتِكَ » وقال بهذه الزيادة داود وأبوثور . واختلفوا فيم يجب على من أكل منه ، فقال مالك إن أكل منه وجب عليه بدله . وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وابن حبيب من أصحاب مالك : عليه قيمة ما أكل أو أمر بأكله طعاما يتصدق به : وروى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين . وما عطب فى الحرم قبل أن يصل مكة فهل بلغ محله أم لا ؟ فيه الخلاف مبنى على الخلاف المتقدم هل المحل هو مكة أو الحرم ؟ وأما الهدى الواجب إذا عطب قبل محله فإن لصاحبه أن يأكل منه لأن عليه بدله ، ومنهم من أجاز له بيع لحمه وأن يستعين به فى البدل ، وكره ذلك مالك . واختلفوا فى الأكل من الهدى الواجب إذا بلغ محله ، فقال الشافعى : لايؤكل من الهدى الواجب كله ولحمه كله للمساكين ، وكذلك جِلُّه إن كان مجللا والنعل الذى قلد به . وقال مالك : يؤكل من كل الهدى الواجب إلا جزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الأذى . وقال أبو حنيفة : لايؤكل من الهدى الواجب إلا هدى المتعة وهدى القران . وعمدة الشافعى تشبيه جميع أصناف الهدى الواجب بالكفارة . وأما من فرق فلأنه يظهر فى الهدى معنيان : أحدهما أنه عبادة مبتدأة . والثانى أنه كفارة ، وأحد المعنيين فى بعضها أظهر ، فمن غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة فى نوع نوع من أنواع الهدى كهدى القران وهدى التمتع وبخاصة عند

من يقول إن التمتع والقران أفضل لم يشترط أن لا يأكل ، لأن هذا الهدى عنده هو فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ، ومن غلب شبهه بالكفارة قال : لايأكله لاتفاقهم على أنه لايأكل صاحب الكفارة من الكفارة ، ولما كان هدى جزاء الصيد وفدية الأذى ظاهر من أمرهما أنهما كفارة لم يختلف هؤلاء الفقهاء فى أنه لايأكل منها . قال القاضى : فقد قلنا فى حكم الهدى وفى جنسه وفى سنه وكيفية سوقه ، وشروط صحته من الزمان والمكان، وصفة نحره وحكم الانتفاع به ، وذلك ما قصدناه والله الموفق للصواب . وبتمام القول فى هذا بحسب ترتيبنا تم القول فى هذا الكتاب بحسب غرضنا ولله الشكر والحمد كثيرا على ما وفق وهدى ومنّ به من التمام والكمال :

وكان الفراغ منه يوم الأربعاء التاسع من جمادى الأولى الذى هو عام أربعة وثمانين وخمسمائة ، وهو جزء من كتاب المجتهد الذى وضعته منذ أزيد من عشرين عاما أو نحوها ، والحمد لله رب العالمين : كان رضى الله عنه عزم حين تأليف الكتاب أولا ألا يثبت كتاب الحج ، ثم بدا له بعد فأثبته .

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجهاد

والقول المحيط بأصول هذا الباب ينحصر فى جملتين : الجملة الأولى : [فى معرفة أركان الحرب . الثانية : فى أحكام أموال المحاربين إذا تملكها المسلمون.

(الجملة الأولى) وفى هذه الجملة فصول سبعة : أحدها : معرفة حكم هذه الوظيفة ولمن تلزم . والثانى : معرفة الذين يحاربون . والثالث : معرفة ما يجوز من النكاية فى صنف صنف من أصناف أهل الحرب مما لايجوز . والرابع : معرفة جواز شروط الحرب . والخامس : معرفة العدد الذين لايجوز الفرار عنهم : والسادس : هل تجوز المهادنة ؟ . والسابع : لماذا يحاربون ؟ .

الفصل الأول فى معرفة حكم هذه الوظيفة

فأما حكم هذه الوظيفة فأجمع العلماء على أنها فرض على الكفاية لافرض عين ، إلا عبد الله بن الحسن ، فإنه قال إنها تطوّع ، وإنما صار الجمهور

لكونه فرضا لقوله تعالى ـ كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِتالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَكُمْ ـ الآية . وأما كونه فرضا على الكفاية ، أعنى إذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى ـ وَما كانَ المُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كافَّةً ـ الآية ، وقوله ـ وَكُلا وَعَدَ اللهُ الحُسْنَى ـ ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للغزو إلا وترك بعض الناس ، فإذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضا على الكفاية . وأما على من يجب فهُم الرجال الأحرار البالغون الذين يجدون بما يغزون الأصحاء إلا المرضى وإلا الزمنى ، وذلك لاخلاف فيه لقوله تعالى ـ لَيْسَ عَلَى الأَعْمَى حَرَجٌ ولا عَلَى المَرِيضِ حَرَجٌ ولا عَلَى الأَعْرَجِ حَرَجٌ ـ وقوله ـ لَيْسَ عَلَى الضُّعَفاءِ ولا عَلَى المَرْضَى ولا عَلَى الَّذِينَ لا يَجِدُونَ ما يُنْفِقُونَ حَرَجٌ ـ الآية . وأما كون هذه الفريضة تختص بالأحرار فلا أعلم فيها خلافا ، وعامة الفقهاء متفقون على أن من شرط هذه الفريضة إذن الأبوين فيها ، إلا أن تكون عليه فرض عين مثل أن لايكون هنالك من يقوم بالفرض إلا بقيام الجميع به ، والأصل فى هذا ما ثبت « أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « إنى أريد الجهاد ، قال : أحَيٌّ وَالدَاكَ ؟ قال نَعم ، قال : فَفِيهِما فَجاهِدْ » واختلفوا فى إذن الأبوين المشركين . وكذلك اختلفوا فى إذن الغريم إذا كان عليه دين لقوله عليه الصلاة والسلام وقد سأله الرجل « أيكفـِّر الله عنى خطاياى إن مت صابرا محتسبا فى سبيل الله ؟ قال : نَعَمْ إلاَّ الدَّيْنَ كَذَلكَ قالَ لى جِبْرِيلُ آنفا » والجمهور على جواز ذلك ، وبخاصة إذا تخلف وفاء من دينه .

الفصل الثانى فى معرفة الذين يحارَبون

فأما الذين يحاربون فاتفقوا على أنهم جميع المشركين لقوله تعالى ـ وَقاتِلُوهُمْ حَتَّى لاتَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لله ـ إلا ما روى عن مالك أنه قال : لايجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « ذَرُوا الحَبَشَةَ ما وَذَرَتْكُمْ » وقد سئل مالك عن صحة هذا الأثر فلم يعترف بذلك لكن قال : لم يزل الناس يتحامون غزوهم .

الفصل الثالث في معرفة ما يجوز من النكاية في العدو

وأما ما يجوز من النكاية فى العدو ، فإن النكاية لاتخلو أن تكون فى الأموال أو فى النفوس أو فى الرقاب ، أعنى الاستعباد والتملك . فأما النكاية التى هى الاستعباد فهى جائزة بطريق الإجماع فى جميع أنواع المشركين ، أعنى ذكرانهم وإناثهم وشيوخهم وصبيانهم صغارهم وكبارهم إلا الرهبان ، فإن قوما رأوا أن يتركوا ولا يؤسروا بل يتركوا دون أن يعرض إليهم لابقتل ولا باستعباد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فَذَرْهُمْ وَمَا حَبَسُوا أَنْفُسَهُمْ إِلَيْهِ » واتباعا لفعل أبى بكر ، وأكثر العلماء على أن الإمام مخير فى الأسارى فى خصال : منها أن يمن عليهم ، ومنها أن يستعبدهم ، ومنها أن يقتلهم ، ومنها أن يأخذ منهم الفداء ، ومنها أن يضرب عليهم الجزية . وقال قوم : لايجوز قتل الأسير . وحكى الحسن بن محمد التميمى أنه إجماع الصحابة . والسبب فى اختلافهم تعارض الآية فى هذا المعنى وتعارض الأفعال ومعارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه الصلاة والسلام ، وذلك أن ظاهر قوله تعالى ـ فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ ـ الآية ، أنه ليس للإمام بعد الأسر إلا المن أو الفداء وقوله تعالى ـ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثْخِنَ فِى الأَرْضِ الآية : والسبب الذى نزلت فيه من أسارى بدر يدل على أن القتل أفضل من الاستعباد ، وأما هو عليه الصلاة والسلام فقد قتل الأسارى فى غير ما موطن وقد منّ واستعبد النساء . وقد حكى أبو عبيد أنه لم يستعبد أحرار ذكور العرب وأجمعت الصحابة بعده على استعباد أهل الكتاب ذكرانهم وإناثهم ، فمن رأى أن الآية الخاصة بفعل الأسارى ناسخة لفعله قال : لايقتل الأسير ، ومن رأى أن الآية ليس فيها ذكر لقتل الأسير ولا المقصود منها حصر ما يفعل بالأسارى بل فعله عليه الصلاة والسلام وهو حكم زائد على ما فى الآية ، ويحط العتب الذى وقع فى ترك قتل أسارى بدر قال : بجواز قتل الأسير ، والقتل إنما يجوز إذا لم يكن يوجد بعد تأمين ، وهذا ما لاخلاف فيه بين المسلمين ، وإنما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه ممن لايجوز ، واتفقوا على جواز تأمين الإمام ، وجمهور

العلماء على جواز أمان الرجل الحر المسلم إلا ما كان من ابن الماجشون يرى أنه موقوف على إذن الإمام . واختلفوا فى أمان العبد وأمان المرأة ، فالجمهور على جوازه ، وكان ابن الماجشون وسحنون يقولان : أمان المرأة موقوف على إذن الإمام : وقال أبوحنيفة : لايجوز أمان العبد إلا أن يقاتل . والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للقياس . أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام « المُسْلِمونَ تَتَكافأُ دِماؤُهُمْ وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أدْناهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ » فهذا يوجب أمان العبد بعمومه . وأما القياس المعارض له فهو أن الأمان من شرطه الكمال ، والعبد ناقص بالعبودية ، فوجب أن يكون للعبودية تأثير فى إسقاطه قياسا على تأثيرها فى إسقاط كثير من الأحكام الشرعية وأن يخصص ذلك العموم بهذا القياس . وأما اختلافهم فى أمان المرأة ، فسببه اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « قَدْ أجَرْنا مَنْ أجَرْتِ يا أُمَّ هانئٍ » وقياس المرأة فى ذلك على الرجل ، وذلك أن من فهم من قوله عليه الصلاة والسلام « قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ » إجازة أمانها لاصحته فى نفسه ، وأنه لولا إجازته لذلك لم يؤثر قال : لاأمان للمرأة إلا أن يجيزه الإمام ، ومن فهم من ذلك أن إمضاءه أمانها كان من جهة أنه قد انعقد وأثر لامن جهة أن إجازته هى التى صححت عقده قال : أمان المرأة جائز ، وكذلك من قاسها على الرجل ولم ير بينهما فرقا فى ذلك أجاز أمانها ، ومن رأى أنها ناقصة عن الرجل لم يجز أمانها ، وكيفما كان فالأمان غير مؤثر فى الاستعباد وإنما يؤثر فى القتل ، وقد يمكن أن ندخل الاختلاف فى هذا من قبل اختلافهم فى ألفاظ جموع المذكر هل تتناول النساء أم لا ؟ أعنى بحسب العرف الشرعى .
وأما النكاية التى تكون فى النفوس فهى القتل . ولا خلاف بين المسلمين أنه يجوز فى الحرب قتل المشركين الذكران البالغين المقاتلين . وأما القتل بعد الأسر ففيه الخلاف الذى ذكرنا ، وكذلك لاخلاف بينهم فى أنه لايجوز قتل صبيانهم ولا قتل نسائهم ما لم تقاتل المرأة والصبى ، فإذا قاتلت المرأة استبيح دمها ، وذلك لما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والولدان ، وقال فى امرأة مقتولة : ما كانَتْ هَذِهِ لِتُقاتِلَ » واختلفوا فى أهل الصوامع

المنتزعين عن الناس والعميان والزمنى والشيوخ الذين لايقاتلون والمعتوه والحراث والعسيف ، فقال مالك : لايقتل الأعمى ولا المعتوه ولا أصحاب الصوامع ، ويترك لهم من أموالهم بقدر ما يعيشون به ، وكذلك لايقتل الشيخ الفانى عنده ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه . وقال الثورى والأوزاعى : لاتقتل الشيوخ فقط . وقال الأوزاعى : لاتقتل الحراث . وقال الشافعى فى الأصح عنه تقتل جميع هذه الأصناف . والسبب فى اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها لعموم الكتاب ، ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثابت « أُمِرْتُ أنْ أُقاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لاإلَهَ إلاَّ اللهُ » الحديث ، وذلك فى قوله تعالى - فإذَا انْسَلَخَ الأشْهُرُ الحُرُمُ فاقْتُلُوا المُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتمُوهُمْ - يقتضى قتل كل مشرك راهبا كان أو غيره ، وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لاإله إلا الله » . وأما الآثار التى وردت باستبقاء هذه الأصناف ؛ فمنها ما رواه داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث جيوشه قال : لاتَقْتُلُوا أصْحابَ الصَّوَامِعِ » ومنها أيضا ما روى عن أنس بن مالك عن النبى عليه الصلاة والسلام قال « لاتَقْتُلُوا شَيْخاً فانِياً ولا طِفْلاً صَغِيراً ولا امْرأةً ولاتَغُلُّوا » خرجه أبو داود ، ومن ذلك أيضا ما رواه مالك عن أبى بكر أنه قال : ستجدون قوما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم لله فدعهم وما حبسوا أنفسهم له ، وفيه : ولا تقتلن امرأة ولاصبيا ولاكبيرا هرما » . ويشبه أن يكون السبب الأملك فى الاختلاف فى هذه المسئلة معارضة قوله تعالى - وَقاتِلوا فى سَبِيلِ اللهِ الَّذِينَ يُقاتِلُونَكُمْ ولا تَعْتَدُوا إنَّ اللهَ لايُحِبُّ المُعْتَدِينَ - لقوله تعالى - فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم - الآية : فمن رأى أن هذه ناسخة لقوله تعالى - وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم - لأن القتال أولا إنما أبيح لمن يقاتل قال : الآية على عمومها ، ومن رأى أن قوله تعالى - وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم - وهى محكمة وأنها تتناول (١) هؤلاء الأصناف الذين لايقاتلون استثناها من عموم تلك ، وقد احتج الشافعى

(١) قوله تتناول الخ : هكذا هذه العبارة ولينظر التناول بعد قوله يقاتلونكم تأمل اه مصححه .

بحديث سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اقْتُلُوا شُيُوخَ الْمُشْرِكِينَ واسْتَحْيُوا شَرْخَهُمْ » وكأن العلة الموجبة للقتل عنده إنما هى الكفر ، فوجب أن تطرد هذه العلة فى جميع الكفار . وأما من ذهب إلى أنه لايقتل الحراث ، فانه احتج فى ذلك بما روى عن زيد بن وهب قال : أتانا كتاب عمر رضى الله عنه وفيه : لاتغلوا ولاتغدروا ولا تقتلوا وليدا واتقوا الله فى الفلاحين . وجاء فى حديث رباح بن ربيعة النهى عن قتل العسيف المشرك وذلك « أنه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة غزاها . فمر رباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة ، فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال : ماكانَتْ هَذِهِ لِتُقَاتِلَ . ثم نظر فى وجوه القوم فقال لأحدهم : الحَقْ بِخالِدِ بْنِ الوَلِيدِ فَلا يَقْتُلَنَّ ذُرِّيَّةً ولا عَسِيفا ولا امْرأةً » . والسبب الموجب بالجملة لاختلافهم اختلافهم فى العلة الموجبة للقتل ، فمن زعم أن العلة الموجبة لذلك هى الكفر لم يستثن أحدا من المشركين . ومن زعم أن العلة فى ذلك إطاقة القتال للنهى عن قتل النساء مع أنهن كفار استثنى من لم يطق القتال ومن لم ينصب نفسه إليه كالفلاح والعسيف . وصح النهى عن المثلة ، واتفق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح ، واختلفوا فى تحريقهم بالنار ، فكره قوم تحريقهم بالنار ورميهم بها وهو قول عمر . ويروى عن مالك ، وأجاز ذلك سفيان الثورى . وقال بعضهم : إن ابتدأ العدو بذلك جاز وإلا فلا . والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للخصوص . أما العموم فقوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولم يستثن قتلا من قتل . وأما الخصوص فما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى رجل « إنْ قَدَرْتم عَلَيْهِ فاقْتُلُوهُ ولا تحْرِقُوهُ بالنَّارِ فإنَّهُ لايُعَذِّبُ بالنَّارِ إلاَّ رَبُّ النَّارِ » واتفق عوام الفقهاء على جواز رمى الحصون بالمجانيق سواء كان فيها نساء وذرية أو لم يكن لما جاء « أن النبى عليه الصلاة والسلام نصب المنجنيق على أهل الطائف » . وأما إذا كان الحصن فيه أسارى من المسلمين وأطفال من المسلمين ، فقالت طائفة : يكف عن رميهم بالمنجنيق وبه قال الأوزاعى . وقال الليث : ذلك جائز ومعتمد من لم يجزه قوله تعالى

ـ لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ـ الآية . وأما من أجاز ذلك فكأنه نظر إلى المصلحة ، فهذا هو مقدار النكاية التى يجوز أن تبلغ بهم فى نفوسهم ورقابهم . وأما النكاية التى تجوز فى أموالهم وذلك فى المبانى والحيوان والنبات فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فأجاز مالك قطع الشجر والثمار وتخريب العامر ، ولم يجز قتل المواشى ولا تحريق النخل ، وكره الأوزاعى قطع الشجر المثمر وتخريب العامر كنيسة كان أو غير ذلك ، وقال الشافعى : تحرق البيوت والشجر إذا كانت لهم معاقل ، وكره تخريب البيوت وقطع الشجر إذا لم يكن لهم معاقل . والسبب فى اختلافهم مخالفة فعل أبى بكر فى ذلك لفعله عليه الصلاة والسلام ، وذلك أنه ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام حرّق نخل بنى النضير » وثبت عن أبى بكر أنه قال : لاتقطعن شجرا ولا تخربن عامرا . فمن ظن أن فعل أبى بكر هذا إنما كان لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم . إذ لايجوز على أبى بكر أن يخالفه مع علمه بفعله . أو رأى أن ذلك كان خاصا ببنى النضير لغزوهم قال بقول أبى بكر . ومن اعتمد فعله عليه الصلاة والسلام ولم ير قول أحد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر . وإنما فرق مالك بين الحيوان والشجر لأن قتل الحيوان مثلة وقد نهى عن المثلة ، ولم يأت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قتل حيوانا . فهذا هو معرفة النكاية التى يجوز أن تبلغ من الكفار فى نفوسهم وأموالهم :

الفصل الرابع فى شرط الحرب

فأما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق ، أعنى أنه لايجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة . وذلك شىء مجتمع عليه من المسلمين لقوله تعالى ـ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ـ وأما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرار الحرب فانهم اختلفوا فى ذلك ، فمنهم من أوجبها ، ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها . والسبب فى اختلافهم معارضة القول للفعل ، وذلك « أنه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا بعث سرية قال لأميرها : إِذَا لَقِيتَ عَدُوَّكَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَادْعُهُمْ إِلَى ثَلَاثِ خِصَالٍ أَوْ خِلَالٍ فَأَيَّتُهُنَّ مَا أَجَابُوكَ إِلَيْهَا فَاقْبَلْ مِنْهُمْ وَكُفَّ عَنْهُمْ ،

ادْعهُمْ إلى الإسْلامِ فانْ أجابُوكَ فاقْبَلْ مِنْهُمْ وَكُفَّ عَنْهُمْ ، ثم ادْعُهُمْ إلى التَّحَوُّلِ مِنْ دَارِهِمْ إلى دَارِ المُهاجِرينَ وأعْلِمْهُمْ أنهُمْ إنْ فَعَلُوا ذَلكَ أنَّ لهُمْ ما للْمُهاجِرينَ وأنَّ عَلَيْهِمْ ما عَلى المُهاجِرينَ ، فانْ أبَوْا واخْتارُوا دَارَهُمْ فأعْلِمْهُمْ أنهُمْ يَكُونونَ كأعرَابِ المُسْلِمينَ يَجْرِى عَليْهِم حُكْمُ اللهِ الَّذِى يَجْرِى عَلى المُؤْمنِينَ ، ولايَكُونُ لهُمْ فى الفَىْءِ والغَنيمَةِ نَصِيبٌ إلاَّ أنْ يُجاهِدوا مَعَ المُسْلِمِينَ ، فانْ هُمْ أبَوْا فادْعُهُمْ إلى إعْطاء الجِزْيَةِ ، فانْ أجابُوا فاقْبَلْ مِنْهُمْ وَكُفَّ عَنْهُمْ ، فانْ أبَوْا فاسْتَعِنْ باللهِ وقاتِلْهُمْ » وثبت من فعله عليه الصلاة والسلام أنه كان يبيِّت العدو ويغير عليهم مع الغدوات ، فمن الناس وهم الجمهور من ذهب إلى أن فعله ناسخ لقوله وأن ذلك إنما كان فى أول الإسلام قبل أن تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه إلى الهجرة ، ومن الناس من رجح القول على الفعل ، وذلك بأن حمل الفعل على الخصوص ، ومن استحسن الدعاء فهو وجه من الجمع .

الفصل الخامس

فى معرفة العدد الذين لايجوز الفرار عنهم

وأما معرفة العدد الذين لايجوز الفرار عنهم فهم الضِّعف ، وذلك مجمع عليه لقوله تعالى ـ الآنَ خَفَّفَ اللهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أنَّ فِيكُمْ ضَعْفا ـ الآية . وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك أن الضِّعف إنما يعتبر فى القوة لا فى العدد ، وأنه يجوز أن يفر الواحد عن واحد إذا كان أعتق جوادا منه وأجود سلاحا وأشد قوة .

الفصل السادس فى جواز المهادنة

فأما هل يجوز المهادنة ؟ فإن قوما أجازوها ابتداء من غير سبب إذا رأى ذلك الإمام مصلحة للمسلمين ، وقوم لم يجيزوها إلا لمكان الضرورة الداعية لأهل الإسلام من فتنة أو غير ذلك إما بشىء يأخذونه منهم لاعلى حكم الجزية

إذ كانت الجزية إنما شرطها أن تؤخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم أحكام المسلمين ، وإما بلا شيء يأخذونه منهم ، وكان الأوزاعي يجيز أن يصالح الإمام الكفار على شيء يدفعه المسلمون إلى الكفار إذا دعت إلى ذلك ضرورة فتنة أو غير ذلك من الضرورات : وقال الشافعي : لايعطى المسلمون الكفار شيئا إلا أن يخافوا أن يصطلموا لكثرة العدو وقلتهم أولمحنة نزلت بهم ، وممن قال بإجازة الصلح إذا رأى الإمام ذلك مصلحة مالك والشافعي وأبو حنيفة ، إلا أن الشافعي لايجوز عنده الصلح لأكثر من المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفار عام الحديبية . وسبب اختلافهم في جواز الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى - فإذَا انْسَلَخَ الأشْهُرُ الحُرُمُ فاقْتُلُوا المُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ - وقوله تعالى - قاتِلُوا الَّذِينَ لايُؤْمِنُونَ بِاللهِ ولا بِاليَوْمِ الآخِرِ - لقوله تعالى - وإنْ جَنَحُوا للسَّلْمِ فاجْنَحْ لهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللهِ - فمن رأى أن آية الأمر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية ناسخة لآية الصلح قال : لايجوز الصلح إلا من ضرورة ، ومن رأى أن آية الصلح مخصصة لتلك قال : الصلح جائز إذا رأى ذلك الإمام وعضد تأويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم ، وذلك أن صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية لم يكن لموضع الضرورة . وأما الشافعي فلما كان الأصل عنده الأمر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية ، وكان هذا مخصصا عنده بفعله عليه الصلاة والسلام عام الحديبية لم ير أن يزاد على المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد اختلف في هذه المدة ، فقيل كانت أربع سنين وقيل ثلاثا ، وقيل عشر سنين ، وبذلك قال الشافعي . وأما من أجاز أن يصالح المسلمون المشركين بأن يعطوا لهم المسلمون شيئا إذا دعت إلى ذلك ضرورة فتنة أو غيرها فمصيرا إلى ما روى « أنه كان عليه الصلاة والسلام قد هم أن يعطي بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا في جملة الأحزاب لتخييبهم ، فلم يوافقه على القدر الذي كان سمح له به من ثمر المدينة حتى أفاء الله بنصره » . وأما من لم يجز ذلك إلا أن يخاف المسلمون أن يصطلموا فقياسا على إجماعهم على جواز فداء أسارى المسلمين ، لأن المسلمين إذا صاروا في هذا الحد فهم بمنزلة الأسارى .

الفصل السابع لماذا يحاربون ؟

فأما لماذا يحاربون؟ـ فاتفق المسلمون على أن المقصود بالمحاربة لأهل الكتاب ما عدا أهل الكتاب من قريش ونصارى العرب هو أحد أمرين : إما الدخول فى الإسلام ، وإما إعطاء الجزية لقوله تعالى ـ قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَلا بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللهُ وَرَسُولُهُ وَلا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ـ وكذلك اتفق عامة الفقهاء على أخذها من المجوس لقوله صلى الله عليه وسلم « سُنُّوا بِهِم سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ » واختلفوا فيما سوى أهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا ؟ فقال قوم : تؤخذ الجزية من كل مشرك ، وبه قال مالك . وقوم استثنوا من ذلك مشركى العرب . وقال الشافعى وأبو ثور وجماعة لا تؤخذ إلا من أهل الكتاب والمجوس . والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للخصوص . أما العموم فقوله تعالى ـ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ للهِ ـ وقوله عليه الصلاة والسلام « أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لا إِلَهَ إِلاَّ اللهُ فإذا قالوها عَصَمُوا مِنِّى دِمَاءَهُمْ وأموالهم إلاَّ بحقها وحسابهم على اللهِ » وأما الخصوص فقوله لأمراء السرايا الذين كان يبعثهم إلى مشركى العرب ، ومعلوم أنهم كانوا غير أهل كتاب « فإذا لقيت عدوك فادعهم إلى ثلاث خصال ، فذكر الجزية فيها » وقد تقدم الحديث . فمن رأى أن العموم إذا تأخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال : لا تقبل الجزية من مشرك ما عدا أهل الكتاب لأن الآى الآمرة بقتالهم على العموم هى متأخرة عن ذلك الحديث وذلك أن الأمر بقتال المشركين عامة هو فى سورة براءة ، ذلك عام الفتح ، وذلك الحديث إنما هو قبل الفتح بدليل دعائهم فيه للهجرة ، ومن رأى أن العموم يبنى على الخصوص تقدم أو تأخر أو جهل التقدم والتأخر بينهما قال : تقبل الجزية من جميع المشركين وأما تخصيص أهل الكتاب من سائر المشركين فخرج من ذلك العموم باتفاق بخصوص قوله تعالى ـ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا

الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون. وسيأتى القول فى الجزية وأحكامها فى الجملة الثانية من هذا الكتاب ، فهذه هى أركان الحرب .
ومما يتعلق بهذه الجملة من المسائل المشهورة : النهى عن السفر بالقرآن إلى أرض العدو ، وعامة الفقهاء على أن ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك إذا كان فى العساكر المأمونة. والسبب فى اختلافهم هل النهى عام أريد به العام أو عام أريد به الخاص

(الجملة الثانية) والقول المحيط بأصول هذه الجملة ينحصر أيضا فى سبعة فصول : الأول : فى حكم الخمس . الثانى : فى حكم الأربعة الأخماس . الثالث : فى حكم الأنفال . الرابع : فى حكم ما وجد من أموال المسلمين عند الكفار . الخامس : فى حكم الأرضين . السادس : فى حكم الفىء . السابع : فى أحكام الجزية والمال الذى يؤخذ منهم على طريق الصلح .

الفصل الأول فى حكم خمس الغنيمة

واتفق المسلمون على أن الغنيمة التى تؤخذ قسرا من أيدى الروم ما عدا الأرضين أن خمسها للإمام وأربعة أخماسها للذين غنموها لقوله تعالى ﴿واعْلَمُوا أنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأنَّ للهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ ـ الآية : واختلفوا فى الخمس على أربعة مذاهب مشهورة : أحدها أن الخمس يقسم على خمسة أقسام على نص الآية ، وبه قال الشافعى . والقول الثانى أنه يقسم على أربعة أخماس ، وأن قوله تعالى ـ فأن لله خمسه ـ هو افتتاح كلام وليس هو قسما خامسا . والقول الثالث أنه يقسم اليوم ثلاثة أقسام ، وأن سهم النبى وذى القربى سقطا بموت النبى صلى الله عليه وسلم . والقول الرابع أن الخمس بمنزلة الفىء يعطى منه الغنى والفقير ، وهو قول مالك وعامة الفقهاء . والذين قالوا يقسم أربعة أخماس أو خمسة اختلفوا فيما يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعد موته . فقال قوم : يرد على سائر الأصناف الذين لهم الخمس . وقال قوم : بل يرد على باقى الجيش . وقال قوم : بل سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للإمام ، وسهم ذوى القربى لقرابة الإمام . وقال قوم :

بل يجعلان فى السلاح والعدة . واختلفوا فى القرابة من هم ؟ فقال قوم بنو هاشم فقط . وقال قوم بنو عبد المطلب وبنو هاشم . وسبب اختلافهم فى هل الخمس يقصر على الأصناف المذكورين أم يعدّى لغيرهم هو هل ذكر تلك الأصناف فى الآية المقصود منها تعيين الخمس لهم أم قصد التنبيه بهم على غيرهم فيكون ذلك من باب الخاص أريد به العام ؟ فمن رأى أنه من باب الخاص أريد به الخاص قال : لايتعدى بالخمس تلك الأصناف المنصوص عليها وهو الذى عليه الجمهور ، ومن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام قال يجوز للإمام أن يصرفها فيما يراه صلاحا للمسلمين ، واحتج من رأى أن سهم النبى صلى الله عليه وسلم للإمام بعده بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « إذَا أطْعَمَ اللهُ نَبِيًّا طُعْمَةً فَهُوَ للْخَلِيفَةِ بَعْدَهُ » وأما من صرفه على الأصناف الباقين أو على الغانمين فتشبيها بالصنف المحبس عليهم . وأما من قال القرابة هم بنو هاشم وبنو المطلب فإنه احتج بحديث جبير بن مطعم قال « قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى لبنى هاشم وبنى المطلب من الخمس » قال : وإنما بنو هاشم وبنو المطلب صنف واحد ، ومن قال بنو هاشم صنف فلأنهم الذين لايحل لهم الصدقة . واختلف العلماء فى سهم النبى صلى الله عليه وسلم من الخمس ؛ فقال قوم : الخمس فقط ، ولا خلاف عندهم فى وجوب الخمس له غاب عن القسمة أو حضرها . وقال قوم : بل الخمس والصفى وهو سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم ، وهو شىء كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس أو أمة أو عبد . وروى أن صفية كانت من الصفى . وأجمعوا على أن الصفى ليس لأحد من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أبا ثور فإنه قال : يجرى مجرى سهم النبى صلى الله عليه وسلم .

الفصل الثانى فى حكم الأربعة الأخماس

وأجمع جمهور العلماء على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين إذا خرجوا باذن الإمام . واختلفوا فى الخارجين بغير إذن الإمام وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة ومتى يجب وكم يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم ؟ فالجمهور على أن أربعة أخماس الغنيمة للذين غنموها خرجوا باذن الإمام أو بغير ذلك

لعموم قوله تعالى ـ واعلموا أنما غنمتم من شيء ـ الآية . وقال قوم : إذا خرجت السرية أو الرجل الواحد بغير إذن الإمام فكل ما ساق نفل يأخذه الإمام ، وقال قوم : بل يأخذه كله الغانم . فالجمهور تمسكوا بظاهر الآية ، وهؤلاء كأنهم اعتمدوا صورة الفعل الواقع من ذلك فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذلك أن جميع السرايا إنما كانت تخرج عن إذنه عليه الصلاة والسلام ، فكأنهم رأوا أن إذن الإمام شرط فى ذلك وهو ضعيف . وأما من له السهم من الغنيمة ؟ فإنهم اتفقوا على الذكران الأحرار البالغين ، واختلفوا فى أضدادهم : أعنى فى النساء والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنيمة ولكن يرضخ لهم ، وبه قال مالك ، وقال قوم : لا يرضخ ولا لهم حظ الغانمين ، وقال قوم : بل لهم حظ واحد من الغانمين ، وهو قول الأوزاعى . وكذلك اختلفوا فى الصبى المراهق ، فمنهم من قال : يقسم له وهو مذهب الشافعى ، ومنهم من اشترط فى ذلك أن يطيق القتال ، وهو مذهب مالك ، ومنهم من قال : يرضخ له . وسبب اختلافهم فى العبيد هو هل عموم الخطاب يتناول الأحرار والعبيد معا أم الأحرار فقط دون العبيد ؟ وأيضا فعمل الصحابة معارض لعموم الآية ، وذلك أنه انتشر فيهم رضى الله عنهم أن الغلمان لا سهم لهم ، روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ، ذكره ابن أبى شيبة من طرق عنهما ، قال أبو عمر بن عبد البر : أصح ما روى من ذلك عن عمر ما رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن الحدثان قال : قال عمر : ليس أحد إلا وله فى هذا المال حق إلا ما ملكت أيمانكم ، وإنما صار الجمهور إلى أن المرأة لا يقسم لها ويرضخ بحديث أم عطية الثابت قالت : «كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنداوى الجرحى ونمرّض المرضى وكان يرضخ لنا من الغنيمة» . وسبب اختلافهم هو اختلافهم فى تشبيه المرأة بالرجل فى كونها إذا غزت لها تأثير فى الحرب أم لا؟ فإنهم اتفقوا على أن النساء مباح لهن الغزو ، فمن شبههن بالرجال أوجب لهن نصيبا فى الغنيمة ، ومن رآهن ناقصات عن الرجال فى هذا المعنى إما لم يوجب لهن شيئا وإما أوجب لهن دون حظ الغانمين وهو الإرضاخ ، والأولى اتباع الأثر ، وزعم الأوزاعى

« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للنساء بخيبر » وكذلك اختلفوا فى التجار والأجراء هل يسهم لهم أم لا ؟ فقال مالك : لايسهم لهم إلا أن يقاتلوا ، وقال قوم: بل يسهم لهم إذا شهدوا القتال . وسبب اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى ـ واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه ـ بالقياس الذى يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغانمين ، وذلك أن من رأى أن التجار والأجراء حكمهم حكم خلاف سائر المجاهدين لأنهم لم يقصدوا القتال وإنما قصدوا إما التجارة وإما الإجارة استثناهم من ذلك العموم. ومن رأى أن العموم أقوى من هذا القياس أجرى العموم على ظاهره ، ومن حجة من استثناهم ما خرّجه عبد الرزاق أن عبد الرحمن بن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين أن يخرج معهم ، فقال نعم فوعده ، فلما حضر الخروج دعاه فأبى أن يخرج معه واعتذر له بأمر عياله وأهله ، فأعطاه عبد الرحمن ثلاثة دنانير على أن يخرج معه ، فلما هزموا العدو سأل الرجل عبد الرحمن نصيبه من المغنم فقال عبد الرحمن : سأذكر أمرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكره له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تِلْكَ الثَّلاثَةُ دَنانِيرُ حَظُّهُ وَنَصِيبُهُ مِنْ غَزْوِهِ فى أمْرِ دُنْياهُ وآخِرَتِهِ » وخرّج مثله أبو داود عن يعلى بن منبه ومن أجاز له القسم شبهه بالجعائل أيضا وهو أن يعين أهل الديوان بعضهم بعضا ، أعنى يعين القاعد منهم الغازى . وقد اختلف العلماء فى الجعائل ، فأجازها مالك ومنعها غيره ، ومنهم من أجاز ذلك من السلطان فقط أو إذا كانت ضرورة ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى . وأما الشرط الذى يجب به للمجاهد السهم من الغنيمة ، فإن الأكثر على أنه إذا شهد القتال وجب له السهم وإن لم يقاتل ، وأنه إذا جاء بعد القتال فليس له سهم فى الغنيمة ، وبهذا قال الجمهور . وقال قوم : إذا لحقهم قبل أن يخرجوا إلى دار الإسلام وجب له حظه من الغنيمة إن اشتغل فى شىء من أسبابها ، وهو قول أبى حنيفة . والسبب فى اختلافهم سببان : القياس والأثر . أما القياس فهو هل يلحق تأثير الغازى فى الحفظ بتأثيره فى الأخذ ؟ وذلك أن الذى شهد القتال له تأثير فى الأخذ : أعنى فى أخذ الغنيمة وبذلك استحق السهم ، والذى جاء قبل أن يصلوا إلى بلاد

المسلمين له تأثير فى الحفظ ، فمن شبه التأثير فى الحفظ بالتأثير فى الأخذ قال : يجب له السهم وإن لم يحضر القتال ، ومن رأى أن الحفظ أضعف لم يوجب له . وأما الأثر فان فى ذلك أثرين متعارضين : أحدهما ما روى عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبان بن سعيد على سرية من المدينة قبل نجد ، فقدم أبان وأصحابه على النبى صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما فتحوها فقال أبان : اقسم لنا يا رسول الله ، فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها » والأثر الثانى ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر « إنَّ عُثْمانَ انْطَلَقَ فى حاجَةِ اللهِ وَحاجَةِ رَسُولِهِ ، فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لأحد غاب عنها » قالوا : فوجب له السهم لأن اشتغاله كان بسبب الإمام . قال أبو بكر بن المنذر : وثبت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : الغنيمة لمن شهد الوقيعة . وأما السرايا التى تخرج من العساكر فتغنم ، فالجمهور على أن أهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وإن لم يشهدوا الغنيمة ولا القتال ، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « وَتُرَدُّ سَرَاياهُمْ عَلَى قَعَدَتِهِمْ » خرجه أبو داود ، ولأن لهم تأثيرا أيضا فى أخذ الغنيمة . وقال الحسن البصرى : إذا خرجت السرية باذن الإمام من عسكره خمسها وما بقى فلأهل السرية ، وإن خرجوا بغير إذنه خمسها ، وكان ما بقى بين أهل الجيش كله . وقال النخعى : الإمام بالخيار إن شاء خمس ماترد السرية وإن شاء نفله كله . والسبب أيضا فى هذا الاختلاف هو تشبيه تأثير العسكر فى غنيمة السرية بتأثير من حضر القتال بها وهم أهل السرية ، فإذن الغنيمة إنما تجب عند الجمهور للمجاهد بأحد شرطين : إما أن يكون ممن حضر القتال ، وإما أن يكون ردءا لمن حضر القتال ، وأما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا فى الفارس ، فقال الجمهور : للفارس ثلاثة أسهم : سهم له ، وسهمان لفرسه . وقال أبو حنيفة : للفارس سهمان : سهم لفرسه ، وسهم له . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للأثر ، وذلك أن أبا داود خرّج عن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أسهم لرجل وفرسه ثلاثة أسهم : سهمان للفرس ، وسهم لراكبه » وخرج أيضا عن مجمّع بن حارثة الأنصارى مثل قول أبى حنيفة . وأما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر

فهو أن يكون سهم الفرس أكبر من سهم الإنسان، هذا الذى اعتمده أبو حنيفة فى ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له . وهذا القياس ليس بشىء ، لأن سهم الفرس إنما استحقه الإنسان الذى هو الفارس بالفرس وغير بعيد أن يكون تأثير الفارس بالفرس فى الحرب ثلاثة أضعاف تأثير الراجل بل لعله واجب مع أن حديث ابن عمر أثبت . وأما مايجوز للمجاهد أن يأخذ من الغنيمة قبل القسم فإن المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه الصلاة والسلام « أدّ الخائطَ والمَخيطَ ، فإنّ الغُلُولَ عارٌ وَشَنَارٌ عَلَى أهْلِهِ يَوْمَ القِيامَةِ » إلى غير ذلك من الآثار الواردة فى هذا الباب . واختلفوا فى إباحة الطعام للغزاة ما داموا فى أرض الغزو فأباح ذلك الجمهور ، ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب . والسبب فى اختلافهم معارضة الآثار التى جاءت فى تحريم الغلول للآثار الواردة فى إباحة أكل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن أبى أوفى ، فمن خصص أحاديث تحريم الغلول بهذه أجاز أكل الطعام للغزاة ، ومن رجح أحاديث تحريم الغلول على هذا لم يجز ذلك ، وحديث ابن مغفل هو قال : « أصبت جراب شحم يوم خيبر . فقلت لاأعطى منه شيئا ، فالتفتّ فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم » خرجه البخارى ومسلم . وحديث ابن أبى أوفى قال « كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا ندفعه » خرجه أيضا البخارى . واختلفوا فى عقوبة الغالّ . فقال قوم : يحرق رحله ، وقال بعضهم : ليس له عقاب إلا التعزير . وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر أنه قال : قال عليه الصلاة والسلام « مَنْ غَلَّ فَأَحْرِقُوا مَتَاعَهُ » .

الفصل الثالث فى حكم الأنفال

وأما تنفيل الإمام من الغنيمة لمن شاء . أعنى أن يزيده على نصيبه ، فإن العلماء اتفقوا على جواز ذلك . واختلفوا من أى شىء يكون النفل وفى مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب ؟ وهل يجب السلب للقاتل أم ليس يجب إلا أن ينفله له الإمام ؟ فهذه أربع مسائل هى قواعد هذا الفصل .

(أما المسئلة الأولى) فإن قوما قالوا : النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين ، وبه قال مالك . وقال قوم : بل النفل إنما يكون من خمس الخمس وهو حظ الإمام فقط ، وهو الذى اختاره الشافعى . وقال قوم : بل النفل من جملة الغنيمة ، وبه قال أحمد وأبوعبيدة ، ومن هؤلاء من أجاز تنفيل جميع الغنيمة . والسبب فى اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردتين فى المغانم تعارض أم هما على التخيير ؟ أعنى قوله تعالى ـ واعلموا أنما غنمتم من شيء ـ الآية ، وقوله تعالى ـ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنْفالِ ـ الآية . فمن رأى أن قوله تعالى ـ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه ناسخا لقوله تعالى ـ يسألونك عن الأنفال ـ قال : لانفل إلا من الخمس أو من خمس الخمس . ومن رأى أن الآيتين لامعارضة بينهما وأنهما على التخيير ، أعنى أن للإمام أن ينفل من رأس الغنيمة من شاء ، وله ألا ينفل بأن يعطى جميع أرباع الغنيمة للغانمين قال بجواز النفل من رأس الغنيمة . ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو اختلاف الآثار فى هذا الباب ، وفى ذلك أثران : أحدهما ما روى مالك عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله ابن عمر قبل نجد فغنموا إبلا كثيرة ، فكان سهمانهم اثنى عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا » وهذا يدل على أن النفل كان بعد القسمة من الخمس : والثانى حديث حبيب بن مسلمة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع من السرايا بعد الخمس فى البداءة وينفلهم الثلث بعد الخمس فى الرجعة » يعنى فى بداءة غزوه عليه الصلاة والسلام وفى انصرافه .

(وأما المسئلة الثانية) وهى ما مقدار ما للإمام أن ينفل من ذلك ؟ عند الذين أجازوا النفل من رأس الغنيمة فإن قوما قالوا : لايجوز أن ينفل أكثر من الثلث أو الربع على حديث حبيب بن مسلمة . وقال قوم : إن نفل الإمام السرية جميع ماغنمت جاز مصيرا إلى أن آية الأنفال غير منسوخة بل محكمة ، وأنها على عمومها غير مخصصة . ومن رأى أنها مخصصة بهذا الأثر قال : لايجوز أن ينفل أكثر من الربع أو الثلث .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى هل يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب أم ليس يجوز ذلك ؟ فانهم اختلفوا فيه ، فكره ذلك مالك وأجازه جماعة : وسبب

اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغزو لظاهر الأثر ، وذلك أن الغزو إنما يقصد به وجه الله العظيم ، ولتكون كلمة الله هى العليا ، فإذا وعد الإمام بالنفل قبل الحرب خيف أن يسفك دماءهم الغزاة فى حق غير الله . وأما الأثر الذى يقتضى ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلمة وأن النبى عليه الصلاة والسلام كان ينفل فى الغزو السرايا الخارجة من العسكر الربع وفى القفول الثلث ، ومعلوم أن المقصود من هذا إنما هو التنشيط على الحرب .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب إلا إن نفله له الإمام ؟ فانهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك : لايستحق القاتل سلب المقتول إلا أن ينفله له الإمام على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب ، وبه قال أبو حنيفة والثورى . وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وإسحاق وجماعة السلف واجب للقاتل قال ذلك الإمام أو لم يقله . ومن هؤلاء من جعل السلب له على كل حال ولم يشترط فى ذلك شرطا . ومنهم من قال لايكون له السلب إلا إذا قتله مقبلا غير مدبر ، وبه قال الشافعى : ومنهم من قال : إنما يكون السلب للقاتل إذا كان القتل قبل معمعة الحرب أو بعدها . وأما إن قتله فى حين المعمعة فليس له سلب ، وبه قال الأوزاعى . وقال قوم : إن استكثر الإمام السلب جاز أن يخمسه . وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه الصلاة والسلام يوم حنين بعد ما برد القتال « مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ » أن يكون ذلك منه عليه الصلاة والسلام على جهة النفل أو على جهة الاستحقاق للقاتل ، ومالك رحمه الله قوى عنده أنه على جهة النفل من قبل أنه لم يثبت عنده أنه قال ذلك عليه الصلاة والسلام ولا قضى به إلا أيام حنين ، ولمعارضة آية الغنيمة له إن حمل ذلك على الاستحقاق : أعنى قوله تعالى ـ واعلموا أنما غنمتم من شىء ـ الآية . فانه لما نص فى الآية على أن الخمس لله علم أن الأربعة الأخماس واجبة للغانمين كما أنه لما نص على الثلث للأم فى المواريث علم أن الثلثين للأب . قال أبو عمر : وهذا القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم فى حنين وفى بدر . وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال : «كنا لانخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم» . وخرج أبو داود عن عوف بن مالك الأشجعى

وخالد بن الوليد « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل » وخرج ابن أبى شيبة عن أنس بن مالك أن البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدارة فطعنه طعنة على قربوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين ألفا ، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لأبى طلحة : إنا كنا لانخمس السلب وإن سلب البراء قد بلغ مالا كثيراً ولا أرانى إلا خمسته قال: قال ابن سيرين : فحدثنى أنس بن مالك أنه أول سلب خمس فى الإسلام ». وبهذا تمسك من فرق بين السلب القليل والكثير . واختلفوا فى السلب الواجب ما هو ؟ فقال قوم : له جميع ما وجد على المقتول ، واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة .

الفصل الرابع

فى حكم ما وجد من أموال المسلمين عند الكفار

وأما أموال المسلمين التى تسترد من أيدى الكفار فإنهم اختلفوا فى ذلك على أربعة أقوال مشهورة : أحدها أن ما استرد المسلمون من أيدى الكفار من أموال المسلمين فهو لأربابها من المسلمين وليس للغزاة المستردين لذلك منها شىء ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأصحابه وأبو ثور ، والقول الثانى أن ما استرد المسلمون من ذلك هو غنيمة الجيش ليس لصاحبه منه شىء ، وهذا القول قاله الزهرى وعمرو بن دينار ، وهو مروى عن على بن أبى طالب . والقول الثالث أن ما وجد من أموال المسلمين قبل القسم فصاحبه أحق به بلا ثمن ، وما وجد من ذلك بعد القسم فصاحبه أحق به بالقيمة ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فبعضهم رأى هذا الرأى فى كل ما استرده المسلمون من أيدى الكفار بأى وجه صار ذلك إلى أيدى الكفار ، وفى أى موضع صار ، وممن قال بهذا القول مالك والثورى وجماعة ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب . وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك إلى أيدى الكفار غلبة وحازوه حتى أوصلوه إلى دار المشركين ، وبين ما أخذ منهم قبل أن يحوزوه ويبلغوا به دار الشرك ، فقالوا : ما حازوه فحكمه إن ألفاه صاحبه قبل القسم فهو له ، وإن ألفاه بعد القسم فهو أحق به بالثمن . قالوا : وأما ما لم يحزه العدو بأن يبلغوا دارهم به فصاحبه أحق به قبل القسم وبعده ، وهذا هو القول الرابع . واختلافهم راجع

إلى اختلافهم فى هل يملك الكفار على المسلمين أموالهم إذا غلبوهم عليها أم ليس يملكونها ؟ وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة تعارض الآثار فى هذا الباب والقياس ، وذلك أن حديث عمران بن حصين يدل على أن المشركين ليس يملكون على المسلمين شيئا ، وهو قال : أغار المشركون على سرح المدينة وأخذوا العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين ، فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا ، فجعلت لاتضع يدها على بعير إلا أرغى حتى أتت العضباء ، فأتت ناقة ذلولا فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجاها الله لتنحرنها ، فلما قدمت المدينة عرفت الناقة ، فأتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأخبرته المرأة بنذرها ، فقال : « بِئْسَ ما جَزَيْتِها ، لانَذْرَ فيما لا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ ، ولا نَذْرَ فى مَعْصِيَةٍ » وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا ، وهو أنه أغار له فرس فأخذها العدو فظهر عليه المسلمون ، فردت عليه فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهما حديثان ثابتان . وأما الأثر الذى يدل على ملك الكفار على المسلمين فقوله عليه الصلاة والسلام « وَهَلْ تَرَكَ لَنا عَقِيلٌ مِنْ مَنْزِلٍ » يعنى أنه باع دوره التى كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه الصلاة والسلام إلى المدينة . وأما القياس فان من شبه الأموال بالرقاب قال الكفار كما لايملكون رقابهم ، فكذلك لايملكون أموالهم كحال الباغى مع العادل ، أعنى أنه لايملك عليهم الأمرين جميعا ، ومن قال يملكون قال : من ليس يملك فهو ضامن للشىء إن فاتت عينه ، وقد أجمعوا على أن الكفار غير ضامنين لأموال المسلمين ، فلزم عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين للأموال فهم مالكون ، إذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا . وأما من فرق بين الحكم قبل الغنم وبعده ، وبين ما أخذه المشركون بغلبة أو بغير غلبة بأن صار إليهم من تلقائه مثل العبد الآبق والفرس العائد فليس له حظ من النظر ، وذلك أنه ليس يجد وسطا بين أن يقول إما أن يملك المشرك على المسلم شيئا أو لايملكه إلا أن يثبت فى ذلك دليل سمعى ، لكن أصحاب هذا المذهب إنما صاروا إليه لحديث الحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أنه

رجلا وجد بعيرا له كان المشركون قد أصابوه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنْ أَصَبْتَهُ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ فَهُوَ لَكَ ، وإنْ أَصَبْتَهُ بَعْدَ القَسْمِ أَخَذْتَهُ بالقِيمَةِ » لكن الحسن بن عمارة مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند أهل الحديث ، والذى عوّل عليه مالك فيما أحسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ، ولكن ليس يجعل له أخذه بالثمن بعد القسم على ظاهر حديثه واستثناء أبى حنيفة أم الولد والمدبر من سائر الأموال لامعنى له ، وذلك أنه يرى أن الكفار يملكون على المسلمين سائر الأموال ما عدا هذين ، وكذلك قول مالك فى أم الولد إنه إذا أصابها مولاها بعد القسم أن على الإمام أن يفديها فإن لم يفعل أجبر سيدها على فدائها ، فان لم يكن له مال أعطيت له ، واتبعه الذى أخرجت فى نصيبه بقيمتها دينا متى أيسر هو قول أيضا ليس له حظ من النظر لأنه إن لم يملكها الكفار فقد يجب أن يأخذها بغير ثمن ، وإن ملكوها فلا سبيل له عليها ، وأيضا فانه لا فرق بينها وبين سائر الأموال إلا أن يثبت فى ذلك سماع ، ومن هذا الأصل ، أعنى من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم أو لا يملك ؟ اختلف الفقهاء فى الكافر يسلم وبيده مال مسلم هل يصح له أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : يصح له . وقال الشافعى : على أصله لا يصح له . واختلف مالك وأبو حنيفة إذا دخل مسلم إلى الكفار على جهة التلصص وأخذ مما فى أيديهم مال مسلم ، فقال أبو حنيفة : هو أولى به وإن أراده صاحبه أخذه بالثمن ، وقال مالك : هو لصاحبه ، فلم يجر على أصله . ومن هذا الباب اختلافهم فى الحربى يسلم ويهاجر ويترك فى دار الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز تملكهم للمسلمين إن غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة ؟ فمنهم من قال : لكل ما ترك حرمة الإسلام ؛ ومنهم من قال : ليس له حرمة ؛ ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال : ليس للمال حرمة ، وللولد والزوجة حرمة ، وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك ، والأصل أن المبيح للمال هو الكفر ، وأن العاصم له هو الإسلام ، كما قال عليه الصلاة والسلام « فإذَا قالُوها عَصَمُوا مِنِّى دِماءَهُمْ وأمْوَالَهُمْ » فمن زعم أن ههنا مبيحا للمال غير الكفر من تملك عدو أو غيره فعليه الدليل ، وليس ههنا دليل تعارض به هذه القاعدة ، والله أعلم .

الفصل الخامس

فى حكم ما افتتح المسلمون من الأرض عنوة

واختلفوا فيما افتتح المسلمون من الأرض عنوة . فقال مالك : لاتقسم الأرض وتكون وقفا يصرف خراجها فى مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير إلا أن يرى الإمام فى وقت من الأوقات أن المصلحة تقتضى القسمة ، فإن له أن يقسم الأرض . وقال الشافعى : الأرضون المفتتحة تقسم كما تقسم الغنائم : يعنى خمسة أقسام . وقال أبوحنيفة : الإمام مخير بين أن يقسمها على المسلمين أو يضرب على أهلها الكفارة فيها الخراج ويقرها بأيديهم . وسبب اختلافهم ما يظن من التعارض بين آية سورة الأنفال وآية سورة الحشر ، وذلك أن آية الأنفال تقتضى بظاهرها أن كل ما غنم يخمس ، وهو قوله تعالى - واعلموا أنما غنمتم - وقوله تعالى فى آية الحشر - والَّذِينَ جاءوا مِنْ بَعْدِهِمْ - عطفا على ذكر الذين أوجب لهم الفىء يمكن أن يفهم منه أن جميع الناس الحاضرين والآتين شركاء فى الفىء كما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى قوله تعالى - والذين جاءوا من بعدهم - ما أرى هذه الآية إلا قد عمت الخلق حتى الراعى بكداء أو كلاما هذا معناه ، ولذلك لم تقسم الأرض التى افتتحت فى أيامه عنوة من أرض العراق ومصر ؛ فمن رأى أن الآيتين متواردتان على معنى واحد وأن آية الحشر مخصصة لآية الأنفال استثنى من ذلك الأرض ؛ ومن رأى أن الآيتين ليستا متواردتين على معنى واحد ، بل رأى أن آية الأنفال فى الغنيمة وآية الحشر فى الفىء على ما هو الظاهر من ذلك قال : تخمس الأرض ولا بد ، ولا سيما « أنه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قسم خيبر بين الغزاة » . قالوا : فالواجب أن تقسم الأرض لعموم الكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام الذى يجرى مجرى البيان للمجمل فضلا عن العام . وأما أبوحنيفة فإنما ذهب إلى التخيير بين القسمة وبين أن يقر الكفار فيها على خراج يؤدونه ، لأنه زعم أنه قد روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بالشطر ثم أرسل ابن رواحة

فقاسمهم » قالوا : فظهر من هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الأرض وترك طائفة لم يقسمها ، قالوا : فبان بهذا أن الإمام بالخيار بين القسمة والإقرار بأيديهم ، وهو الذى فعل عمر رضى الله عنه .. وإن أسلموا بعد الغلبة عليهم كان مخيرا بين المنّ عليهم أو قسمتها على مافعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة : أعنى من المن ، وهذا إنما يصح على رأى من رأى أنه افتتحها عنوة ، فإن الناس اختلفوا فى ذلك وإن كان الأصح أنه افتتحها عنوة لأنه الذى خرّجه مسلم . وينبغى أن تعلم أن قول من قال : إن آية الفىء وآية الغنيمة محمولتان على الخيار ، وأن آية الفىء ناسخة لآية الغنيمة أو مخصصة لها أنه قول ضعيف جدا إلا أن يكون اسم الفىء والغنيمة يدلان على معنى واحد ، فإن كان ذلك فالآيتان متعارضتان ، لأن آية الأنفال توجب التخميس ، وآية الحشر توجب القسمة دون التخميس فوجب أن تكون إحداهما ناسخة للأخرى أو يكون الإمام مخيرا بين التخميس وترك التخميس ، وذلك فى جميع الأموال المغنومة . وذكر بعض أهل العلم أنه مذهب لبعض الناس وأظنه حكاه عن المذهب . ويجب على مذهب من يريد أن يستنبط من الجمع بينهما ترك قسمة الأرض وقسمة ما عدا الأرض أن تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة بعض ما فى الأخرى أو ناسخة له حتى تكون آية الأنفال خصصت من عموم آية الحشر ما عدا الأرضين فأوجبت فيها الخمس ، وآية الحشر خصصت من آية الأنفال الأرض فلم توجب فيها خمسا ، وهذه الدعوى لاتصح إلا بدليل مع أن الظاهر من آية الحشر أنها تضمنت القول فى نوع من الأموال مخالف الحكم للنوع الذى تضمنته آية الأنفال وذلك أن قوله تعالى - ﴿فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ - هو تنبيه على العلة التى من أجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك إذ كانت تؤخذ بالإيجاف .

الفصل السادس فى قسمة الفىء

وأما الفىء عند الجمهور فهو كل ماصار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير أن يوجف عليه بخيل أو رجل . واختلف الناس

فى الجهة التى يصرف إليها ؛ فقال قوم : إن الفىء لجميع المسلمين الفقير والغنى ، وإن الإمام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة ، وينفق منه فى النوائب التى تنوب المسلمين كبناء القناطر وإصلاح المساجد وغير ذلك ولاخمس فى شىء منه وبه قال الجمهور ، وهو الثابت عن أبى بكر وعمر ؛ وقال الشافعى : بل بل فيه الخمس ، والخمس مقسوم على الأصناف الذين ذكروا فى آية الغنائم وهم الأصناف الذين ذكروا فى الخمس بعينه من الغنيمة ، وإن الباقى هو مصروف إلى اجتهاد الإمام ينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رأى ، وأحسب أن قوما قالوا : إن الفىء غير مخمس ، ولكن يقسم على الأصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس ، وهو أحد أقوال الشافعى فيما أحسب : وسبب اختلاف من رأى أنه يقسم جميعه على الأصناف الخمسة أو هو مصروف إلى اجتهاد الإمام هو سبب اختلافهم فى قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك ، أعنى أن من جعل ذكر الأصناف فى الآية تنبيها على المستحقين له قال : هو لهذه الأصناف المذكورين ومن فوقهم . ومن جعل ذكر الأصناف تعديدا للذين يستوجبون هذا المال قال : لايتعدى به هؤلاء الأصناف ، أعنى أنه جعله من باب الخصوص لامن باب التنبيه . وأما تخميس الفىء فلم يقل به أحد قبل الشافعى ، وإنما حمله على هذا القول أنه رأى الفىء قد قسم فى الآية على عدد الأصناف الذين قسم عليهم الخمس ، فاعتقد لذلك أن فيه الخمس ، لأنه ظن أن هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر ، بل الظاهر أن هذه القسمة تخص جميع الفىء لاجزءا منه ، وهو الذى ذهب إليه فيما أحسب قوم : وخرّج مسلم عن عمر قال : كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ، فكانت للنبى صلى الله عليه وسلم خالصة ، فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة ، وما بقى يجعله فى الكراع والسلاح عدة فى سبيل الله ، وهذا يدل على مذهب مالك .

الفصل السابع فى الجزية

والكلام المحيط بأصول هذا الفصل ينحصر فى ست مسائل : المسئلة الأولى : ممن يجوّز أخذ الجزية ؟ الثانية : على أى الأصناف منهم تجب الجزية ؟

الثالثة : كم تجب ؟ الرابعة : متى تجب ومتى تسقط ؟ الخامسة : كم أصناف الجزية ؟ السادسة : فيماذا يصرف مال الجزية ؟

(المسئلة الأولى) فأما من يجوز أخذ الجزية منه ؟ فإن العلماء مجمعون على أنه يجوز أخذها من أهل الكتاب العجم ومن المجوس كما تقدم ، واختلفوا فى أخذها ممن لا كتاب له وفيمن هو من أهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيما حكى بعضهم أنها لا تؤخذ من قرشى كتابى ، وقد تقدمت هذه المسئلة .

(وأما المسئلة الثانية) وهى أى الأصناف من الناس تجب عليهم ؟ فإنهم اتفقوا على أنها إنما تجب بثلاثة أوصاف الذكورية والبلوغ والحرية ، وأنها لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذا كانت إنما هى عوض من القتل والقتل إنما هو متوجه بالأمر نحو الرجال البالغين إذ قد نهى عن قتل النساء والصبيان ، وكذلك أجمعوا أنها لا تجب على العبيد . واختلفوا فى أصناف من هؤلاء : منها فى المجنون وفى المقعد ، ومنها فى الشيخ ، ومنها فى أهل الصوامع ، ومنها فى الفقير هل يتبع بها دينا متى أيسر أم لا ؟ وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت شرعى . وسبب اختلافهم مبنى على هل يقتلون أم لا ؟ أعنى هؤلاء الأصناف .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى كم الواجب فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فرأى مالك أن القدر الواجب فى ذلك هو ما فرضه عمر رضى الله عنه وذلك على أهل الذهب أربعة دنانير ، وعلى أهل الورق أربعون درهما ، ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه ؛ وقال الشافعى : أقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود وذلك بحسب ما يصالحون عليه . وقال قوم : لا توقيت فى ذلك ، وذلك مصروف إلى اجتهاد الإمام وبه قال الثورى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : الجزية اثنا عشر درهما وأربعة وعشرون درهما وثمانية وأربعون لا ينقص الفقير من اثنى عشر درهما ولا يزاد الغنى على ثمانية وأربعين درهما ، والوسط أربعة وعشرون درهما ؛ وقال أحمد : دينار أو عدله معافر لا يزاد عليه ولا ينقص منه . وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب ، وذلك أنه روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذا إلى اليمن وأمره أن يأخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافر » وهى ثياب باليمن . وثبت عن عمر أنه ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهما

مع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام . وروى عنه أيضا أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على أهل السواد ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثنى عشر . فمن حمل هذه الأحاديث كلها على التخيير وتمسك فى ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جزية إذ ليس فى توقيت ذلك حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم متفق على صحته ، وإنما ورد الكتاب فى ذلك عاما ، قال : لاحد فى ذلك وهو الأظهر والله أعلم . ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال : أقله محدود ولا حد لأكثره . ومن رجح أحد حديثى عمر قال إما بأربعين درهما وأربعة دنانير ، وإما بثمانية وأربعين درهما وأربعة وعشرين واثنى عشر على ما تقدم . ومن رجح حديث معاذ لأنه مرفوع قال : دينار فقط أو عدله معافر لايزاد على ذلك ولا ينقص منه .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى متى تجب الجزية ؟ فإنهم اتفقوا على أنها لاتجب إلا بعد الحول ، وأنه تسقط عنه إذا أسلم قبل انقضاء الحول . واختلفوا إذا أسلم بعد ما يحول عليه الحول هل تؤخذ منه جزية للحول الماضى بأسره أو لما مضى منه ؟ فقال قوم: إذا أسلم فلا جزية عليه بعد انقضاء الحول كان بعد إسلامه أو قبل انقضائه ، وبهذا القول قال الجمهور ؛ وقالت طائفة : إن أسلم بعد الحول وجبت عليه الجزية ، وإن أسلم قبل حلول الحول لم تجب عليه ، وإنهم اتفقوا على أنه لاتجب عليه قبل انقضاء الحول ؛ لأن الحول شرط فى وجوبها ، فإذا وجد الرافع لها وهو الإسلام قبل تقرر الوجوب ، أعنى قبل وجود شرط الوجوب لم تجب ؛ وإنما اختلفوا بعد انقضاء الحول لأنها قد وجبت ؛ فمن رأى أن الإسلام يهدم هذا الواجب فى الكفر كما يهدم كثيرا من الواجبات قال : تسقط عنه وإن كان إسلامه بعد الحول ؛ ومن رأى أنه لايهدم الإسلام هذا الواجب كما لايهدم كثيرا من الحقوق المرتبة مثل الديون وغير ذلك قال : لاتسقط بعد انقضاء الحول : فسبب اختلافهم هو هل الإسلام يهدم الجزية الواجبة أو لايهدمها .

(وأما المسئلة الخامسة) وهى كم أصناف الجزية ؟ فان الجزية عندهم ثلاثة أصناف : جزية عنوية ، وهى هذه التى تكلمنا فيها ، أعنى التى تفرض على الحربيين بعد غلبتهم . وجزية صلحية ، وهى التى يتبرعون بها ليكف عنهم ،

وهذه ليس فيها توقيت لافى الواجب ، ولا فيمن يجب علية ولا متى يجب عليه، وإنما ذلك كله راجع إلى الاتفاق الواقع فى ذلك بين المسلمين وأهل الصلح إلا أن يقول قائل : إنه إن كان قبول الجزية الصلحية واجبا على المسلمين فقد يجب أن يكون ههنا قدرما إذا أعطاه من أنفسهم الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون أقلها محدودا وأكثرها غير محدود . وأما الجزية الثالثة فهى العشرية ، وذلك أن جمهور العلماء على أنه ليس على أهل الذمة عشر ولا زكاة أصلا فى أموالهم إلا ماروى عن طائفة منهم أنهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بنى تغلب ، أعنى أنهم أوجبوا إعطاء ضعف ما على المسلمين من الصدقة فى شىء شىء من الأشياء التى تلزم فيها المسلمين الصدقة ؛ وممن قال بهذا القول الشافعى وأبوحنيفة وأحمد والثورى ؛ وهو فعل عمربن الخطاب رضى الله عنه بهم ؛ وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص فيما حكوا ، وقد تقدم ذلك فى كتاب الزكاة . واختلفوا هل يجب العشر عليهم فى الأموال التى يتجرون بها إلى بلاد المسلمين بنفس التجارة أو الإذن إن كانوا حربيين أم لاتجب إلا بالشرط ؟ فرأى مالك وكثير من العلماء أن تجار أهل الذمة الذين للمتهم بالإقرار فى بلدهم الجزية يجب أن يؤخذ منهم مما يجلبونه من بلد إلى بلد العشر ، إلا مايسوقون إلى المدينة خاصة فيؤخذ منه فيه نصف العشر ؛ ووافقه أبوحنيفة فى وجوبه بالإذن فى التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه فى القدر فقال : الواجب عليهم نصف العشر ؛ ومالك لم يشترط عليهم فى العشر الواجب عنده نصابا ولا حولا ؛ وأما أبوحنيفة فاشترط فى وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين نفسه المذكور فى كتاب الزكاة ؛ وقال الشافعى : ليس يجب عليهم عشر أصلا ولا نصف عشر فى نفس التجارة ولا فى ذلك شىء محدود إلا ما اصطلح عليه أو اشترط ، فعلى هذا تكون الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية ؛ وعلى مذهب مالك وأبى حنيفة تكون جنسا ثالثا من الجزية غير الصلحية والتى على الرقاب . وسبب اختلافهم أنه لم يأت فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع إليها ، وإنما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم ؛ فمن رأى أن فعل عمر هذا إنما فعله بأمر كان عنده فى ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب أن يكون ذلك

صلحهم ؛ ومن رأى أن فعله هذا كان على وجه الشرط ، إذ لو كان على جهة الجزاء لذكره. قال : ليس ذلك بسنة لازمة لهم إلا بالشرط . وحكى أبو عبيد في كتاب الأموال عن رجل من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام لا أذكر اسمه الآن أنه قيل له : لم كنتم تأخذون العشر من مشركي العرب ؟ فقال : لأنهم كانوا يأخذون منا العشر إذا دخلنا إليهم . قال الشافعي : وأقل ما يجب أن يشارطوا عليه هو ما فرضه عمر رضي الله عنه ، وإن شورطوا على أكثر فحسن . قال : وحكم الحربي إذا دخل بأمان حكم الذمي .

(وأما المسئلة السادسة) وهي فيماذا تصرف الجزية ؟ فإنهم اتفقوا على أنها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في الفيء عند من رأى أنه مصروف إلى اجتهاد الإمام ، حتى لقد رأى كثير من الناس أن اسم الفيء إنما ينطلق على الجزية في آية الفيء ، وإذا كان الأمر هكذا ، فالأموال الإسلامية ثلاثة أصناف : صدقة ، وفيء ، وغنيمة ، وهذا القدر كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

كتاب الأيمان

وهذا الكتاب ينقسم أولا إلى جملتين : الجملة الأولى : في معرفة ضروب الأيمان وأحكامها . والجملة الثانية : في معرفة الأشياء الرافعة للأيمان اللازمة وأحكامها .

(الجملة الأولى) وهذه الجملة فيها ثلاثة فصول : الفصل الأول : في معرفة الأيمان المباحة وتمييزها من غير المباحة . الثاني : في معرفة الأيمان اللغوية والمنعقدة . الثالث : في معرفة الأيمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها .

الفصل الأول

في معرفة الأيمان المباحة وتمييزها من غيرها

واتفق الجمهور على أن الأشياء منها ما يجوز في الشرع أن يقسم به ، ومنها ما لا يجوز أن يقسم به . واختلفوا أي الأشياء التي هي بهذه الصفة ؛ فقال قوم : إن الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله ، وأن الحالف بغير الله عاص ؛

وقال قوم : بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع ؛ والذين قالوا إن الأيمان المباحة هي الأيمان بالله اتفقوا على إباحة الأيمان التي بأسمائه ، واختلفوا في الأيمان التي بصفاته وأفعاله . وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله من الأشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للأثر ، وذلك أن الله قد أقسم في الكتاب بأشياء كثيرة مثل قوله ـ والسَّماءِ والطَّارِقِ ـ وقوله ـ وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى ـ إلى غير ذلك من الأقسام الواردة في القرآن . وثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « إِنَّ اللهَ يَنْهاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبائِكُمْ مَنْ كانَ حالِفاً فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَصْمُتْ » فمن جمع بين الأثر والكتاب بأن قال إن الأشياء الواردة في الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى ، وأن التقدير : ورب النجم ، ورب السماء قال : الأيمان المباحة هي الحلف بالله فقط ؛ ومن جمع بينهما بأن المقصود بالحديث إنما هو أن لا يعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيه « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم » وأن هذا من باب الخاص أريد به العام أجاز الحلف بكل معظم في الشرع . فإذاً سبب اختلافهم هو اختلافهم في بناء الآي والحديث . وأما من منع الحلف بصفات الله وبأفعاله فضعيف . وسبب اختلافهم هو هل يقتصر بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط ، أو يعدّى إلى الصفات والأفعال ، لكن تعليق الحكم في الحديث بالاسم فقط جمود كثير ، وهو أشبه بمذهب أهل الظاهر وإن كان مرويا في المذهب حكاه اللخمي عن محمد بن المواز . وشذت فرقة فمنعت اليمين بالله عز وجل ، والحديث نص في مخالفة هذا المذهب .

الفصل الثاني في معرفة الأيمان اللغوية والمنعقدة

واتفقوا أيضا على أن الأيمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى لا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ ـ واختلفوا فيما هي اللغو ؟ فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها اليمين على الشيء يظن الرجل أنه على يقين منه فيخرج الشيء على خلاف ما حلف عليه ؛ وقال الشافعي : لغو اليمين ما لم تنعقد عليه النية مثل ما جرت به العادة من

قول الرجل فى أثناء المخاطبة لاوالله لابالله مما يجرى على الالسنة بالعادة من غير أن يعتقد لزومه ، وهذا القول رواه مالك فى الموطإ عن عائشة ، والقول الأول مروى عن الحسن بن أبى الحسن وقتادة ومجاهد وإبراهيم النخعى . وفيه قول ثالث ، وهو أن يحلف الرجل وهو غضبان ، وبه قال إسماعيل القاضى من أصحاب مالك . وفيه قول رابع ، وهو الحلف على المعصية وروى عن ابن عباس . وفيه قول خامس ، وهو أن يحلف الرجل على أن لايأكل شيئا مباحا له بالشرع . والسبب فى اختلافهم فى ذلك هو الاشتراك الذى فى اسم اللغو ، وذلك أن اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى ـ وَالْغَوْا فِيهِ لَعَلَّكُمْ تَغْلِبُونَ ـ وقد يكون الكلام الذى لاتنعقد عليه نية المتكلم به ، ويدل على أن اللغو فى الآية هو هذا أن هذه اليمين هى ضد اليمين المنعقدة وهى المؤكدة ، فوجب أن يكون الحكم المضاد للشىء المضاد . والذين قالوا إن اللغو هو الحلف فى إغلاق أو الحلف على ما لايوجب الشرع فيه شيئا بحسب ما يعتقد فى ذلك قوم ، فإنما ذهبوا إلى ن اللغو ههنا يدل على معنى عرفى فى الشرع وهى الأيمان التى بيّن الشرع فى مواضع أخر سقوط حكمها مثل ماروى أنه : «لاطلاق فى إغلاق» وما أشبه ذلك ، لكن الأظهر هما القولان الأولان: أعنى قول مالك والشافعى .

الفصل الثالث

فى معرفة الأيمان التى ترفعها الكفارة والتى لاترفعها

وهذا الفصل أربع مسائل :

(المسئلة الأولى) اختلفوا فى الأيمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حلفا على شىء ماض أنه كان فلم يكن وهى التى تعرف باليمين الغموس ، وذلك إذا تعمد الكذب ، أو على شىء مستقبل أنه يكون من قبل الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن ، فقال الجمهور : ليس فى اليمين الغموس كفارة ، وإنما الكفارة فى الأيمان التى تكون فى المستقبل إذا خالف اليمين الحالف ، وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل . وقال الشافعى وجماعة : يجب فيها الكفارة أى تُسقِط الكفارةُ الإثم فيها كما تسقطه

فى غير الغموس . وسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب للأثر ، وذلك أن قوله تعالى ـ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ـ الآية توجب أن يكون فى اليمين الغموس كفارة لكونها من الأيمان المنعقدة ، وقوله عليه الصلاة والسلام « مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللهُ عَلَيْهِ الجَنَّةَ وأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ » يوجب أن اليمين الغموس ليس فيها كفارة ، ولكن للشافعى أن يستثنى من الأيمان الغموس ما لا يقتطع بها حق الغير ، وهو الذى ورد فيه النص ، أو يقول : إن الأيمان التى يقتطع بها حق الغير قد جمعت الظلم والحنث ، فوجب ألا تكون الكفارة تهدم الأمرين جميعا ، أو ليس يمكن فيها أن تهدم الحنث دون الظلم ، لأن رفع الحنث بالكفارة إنما هو من باب التوبة ، وليس تتبعض التوبة فى الذنب الواحد بعينه ، فان تاب وردّ المظلمة وكفّر سقط عنه جميع الإثم .

(المسئلة الثانية) واختلف العلماء فيمن قال : أنا كافر بالله أو مشرك بالله أو يهودى أو نصرانى إن فعلت كذا ثم يفعل ذلك هل عليه كفارة أم لا ؟ فقال مالك والشافعى : ليس عليه كفارة ولا هذه يمين ؛ وقال أبوحنيفة : هى يمين وعليه فيها الكفارة إذا خالف اليمين وهو قول أحمد بن حنبل أيضا . وسبب اختلافهم هو اختلافهم فى هل يجوز اليمين بكل ماله حرمة أم ليس يجوز إلا بالله فقط ؟ ثم إن وقعت فهل تنعقد أم لا ؟ فمن رأى أن الأيمان المنعقدة : أعنى التى هى بصيغ القسم إنما هى الأيمان الواقعة بالله عز وجل وبأسمائه قال : لا كفارة فيها إذ ليست بيمين ؛ ومن رأى أن الأيمان تنعقد بكل ما عظم الشرع حرمته قال : فيها الكفارة ، لأن الحلف بالتعظيم كالحلف بترك التعظيم ، وذلك أنه كما يجب التعظيم يجب أن لا يترك التعظيم ، فكما أن من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه .

(المسئلة الثالثة) واتفق الجمهور فى الأيمان التى ليست أقساما بشىء وإنما تخرج مخرج الإلزام الواقع بشرط من الشروط ، مثل أن يقول القائل : فإن فعلت كذا فعلىّ مشى إلى بيت الله ، أو إن فعلت كذا وكذا فغلامى حر أو امرأتى طالق أنها تلزم فى القرب ، وفيما إذا التزمه الإنسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق . واختلفوا هل فيها كفارة أم لا ؟ فذهب مالك إلى أن لا كفارة

فيها ، وأنه إن لم يفعل ما حلف عليه أثم ولا بد ؛ وذهب الشافعى وأحمد وأبوعبيد وغيرهم إلى أن هذا الجنس من الأيمان فيها الكفارة إلا الطلاق والعتق ؛ وقال أبوثور : يكفر من حلف بالعتق ، وقول الشافعى مروى عن عائشة . وسبب اختلافهم هل هى يمين أو نذر ، فمن قال إنها يمين أوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى ـ فكفارته إطعام عشرة مساكين ـ الآية . ومن قال إنها من جنس النذر : أى من جنس الأشياء التى نص الشرع على أنه إذا التزمها الإنسان لزمته قال : لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية لتسميتهم إياها أيمانا ، لكن لعلهم إنما سموها أيمانا على طريق التجوز والتوسع . والحق أنه ليس يجب أن تسمى بحسب الدلالة اللغوية أيمانا ، فإن الأيمان فى لغة العرب لها صيغ مخصوصة ، وإنما يقع اليمين بالأشياء التى تعظم وليست صيغة الشرط هى صيغة اليمين ، فأما هل تسمى أيمانا بالعرف الشرعى وهل حكمها حكم الأيمان ؟ ففيه نظر ، وذلك أنه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال « كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ » وقال تعالى ـ لِمَ تُحَرِّمُ ما أحَلَّ اللهُ لكَ ـ إلى قوله ـ قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ـ فظاهر هذا أنه قد سمى بالشرع القول الذى مخرجه مخرج الشرط أو مخرج الإلزام دون شرط ولا يمين ، فيجب أن تحمل على ذلك جميع الأقاويل التى تجرى هذا المجرى إلا ما خصصه الإجماع من ذلك مثل الطلاق ، فظاهر الحديث يعطى أن النذر ليس بيمين وأن حكمه حكم اليمين ؛ وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه ليس يلزم من مثل هذه الأقاويل ، أعنى الخارجة مخرج الشرط إلا ما ألزمه الإجماع من ذلك وذلك أنها ليست بنذور فيلزم فيها النذر ، ولا بأيمان فترفعها الكفارة ، فلم يوجبوا على من قال : إن فعلت كذا وكذا فعلىّ المشى إلى بيت الله مشيا ولا كفارة ، بخلاف مالو قال : على المشى إلى بيت الله لأن هذا نذر باتفاق ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « مَنْ نَذَرَ أنْ يُطِيعَ اللهَ فَلْيُطِعْهُ ، وَمَنْ نَذَرَ أنْ يَعْصِيَهُ فَلا يَعْصِه » فسبب هذا الخلاف فى هذه الأقاويل التى تخرج مخرج الشرط هو هل هى أيمان أونذور ؟ أو ليست أيمانا ولا نذورا ؟ فتأمل هذا فانه بين إن شاء الله تعالى .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا فى قول القائل : أقسم أو أشهد إن كان كذا وكذا هل هو يمين أم لا ؟ على ثلاثة أقوال : فقيل إنه ليس بيمين ، وهو أحد قولى الشافعى ؛ وقيل إنها أيمان ضد القول الأول ، وبه قال أبوحنيفة ؛ وقيل إن أراد اللهَ بها فهو يمين ، وإن لم يرد الله بها فليست بيمين ، وهو مذهب مالك . وسبب اختلافهم هو هل المراعى اعتبار صيغة اللفظ أو اعتبار مفهومه بالعادة أو اعتبار النية ؟ فمن اعتبر صيغة اللفظ قال : ليست بيمين إذ لم يكن هنالك نطق بمقسوم به ؛ ومن اعتبر صيغة اللفظ بالعادة قال : هى يمين وفى اللفظ محذوف ولا بد وهو الله تعالى ؛ ومن لم يعتبر هذين الأمرين واعتبر النية إذ كان اللفظ صالحا للأمرين فرق فى ذلك كما تقدم .

(الجملة الثانية) وهذه الجملة تنقسم أولا قسمين : القسم الأول : النظر فى الاستثناء . والثانى : النظر فى الكفارات .

القسم الأول

وفى هذا القسم فصلان : الفصل الأول : فى شروط الاستثناء المؤثر فى اليمين. الفصل الثانى : فى تعريف الأيمان التى يؤثر فيها الاستثناء من التى لايؤثر .

الفصل الأول فى شروط الاستثناء المؤثر فى اليمين

وأجمعوا على أن الاستثناء بالجملة له تأثير فى حل الأيمان واختلفوا فى شروط الاستثناء الذى يجب له هذا الحكم بعد أن أجمعوا على أنه إذا اجتمع فى الاستثناء ثلاثة شروط أن يكون متناسقا مع اليمين وملفوظا به ومقصودا من أول اليمين أنه لاينعقد معه اليمين ؛ واختلفوا فى هذه الثلاثة مواضع ، أعنى إذا فرق الاستثناء من اليمين أو نواه ولم ينطق به أو حدثت له نية الاستثناء بعد اليمين وإن أتى به متناسقا مع اليمين .

(فأما المسئلة الأولى) وهى اشتراط اتصاله بالقسم فإن قوما اشترطوا ذلك فيه ، وهو مذهب مالك ؛ وقال الشافعى : لابأس بينهما بالسكتة الخفيفة كسكتة الرجل للتذكر أو للتنفس أو لانقطاع الصوت . وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه ؛ وكان ابن عباس يرى أن له الاستثناء أبدا على ما ذكر منه متى ما ذكر ، وإنما اتفق الجميع على أن استثناء

مشيئة الله فى الأمر المحلوف على فعله إن كان فعلا أو على تركه إن كان تركا رافع لليمين ، لأن الاستثناء هو رفع للزوم اليمين . قال أبو بكر بن المنذر : ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ حَلَفَ فَقَالَ إنْ شَاءَ اللهُ لَمْ يَحْنَثْ » وإنما اختلفوا هل يؤثر فى اليمين إذا لم توصل بها أو لا يؤثر ؟ لاختلافهم هل الاستثناء حال للانعقاد أم هو مانع له ؟ فاذا قلنا إنه مانع للانعقاد لا حال له اشترط أن يكون متصلا باليمين ، وإذا قلنا إنه حال لم يلزم فيه ذلك . والذين اتفقوا على أنه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد على ما حكينا ، وقد احتج من رأى أنه حال بالقرب بما رواه سعد عن سماك ابن حرب عن عكرمة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « وَاللهِ لأَغْزُوَنَّ قُرَيْشًا ، قالها ثلاث مرات ثم سكت ، ثم قال : إنْ شَاءَ اللهُ » فدل هذا أن الاستثناء حال لليمين لا مانع لها من الانعقاد . قالوا : ومن الدليل على أنه حال بالقرب أنه لو كان حالا بالبعد على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يغنى عن الكفارة والذى قالوه بين . وأما اشتراط النطق باللسان فإنه اختلف فيه ، فقيل لابد فيه من اشتراط اللفظ أى لفظ كان من ألفاظ الاستثناء وسواء كان بألفاظ الاستثناء أو بتخصيص العموم أو بتقييد المطلق هذا هو المشهور . وقيل إنما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ فى حرف إلا فقط : أى بما يدل عليه لفظ إلا ، وليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف ، وهذه التفرقة ضعيفة . والسبب فى هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ أو باللفظ والنية معا مثل الطلاق والعتق واليمين وغير ذلك .

(وأما المسئلة الثانية) وهى هل تنفع النية الحادثة فى الاستثناء بعد انقضاء اليمين ؟ فقيل أيضا فى المذهب إنها تنفع إذا حدثت متصلة باليمين ؛ وقيل بل إذا حدثت قبل أن يتم النطق باليمين ؛ وقيل بل الاستثناء على ضربين : استثناء من عدد ، واستثناء من عموم بتخصيص أو من مطلق بتقييد ، فالاستثناء من العدد لا ينفع فيه إلا حدوث النية قبل النطق باليمين ؛ والاستثناء من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين إذا وصل الاستثناء نطقا باليمين . وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد أو حال له ؟ فإن قلنا إنه مانع فلا بد من اشتراط حدوث النية فى أول اليمين ؛ وإن قلنا إنه حال لم يلزم ذلك ؛ وقد

أنكر عبد الوهاب أن يشترط حدوث النية فى أول اليمين للاتفاق وزعم على أن الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء .

الفصل الثانى من القسم الأول

فى تعريف الأيمان التى يؤثر فيها الاستثناء وغيرها

وقد اختلفوا فى الأيمان التى يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التى لايؤثر فيها . فقال مالك وأصحابه : لاتؤثر المشيئة إلا فى الأيمان التى تكفر وهى اليمين بالله عندهم أو النذر المطلق على ما سيأتى . وأما الطلاق والعتاق فلا يخلو أن يعلق الاستثناء فى ذلك بمجرد الطلاق أو العتق فقط مثل أن يقول : هى طالق إن شاء الله أو عتيق إن شاء الله ، وهذه ليست عندهم يمينا . وإما أن يعلق الطلاق بشرط من الشروط ، مثل أن يقول : إن كان كذا فهى طالق إن شاء الله ، أو إن كان كذا فهو عتيق إن شاء الله . فأما القسم الأول فلا خلاف فى المذهب أن المشيئة غير مؤثرة فيه . وأما القسم الثانى وهو اليمين بالطلاق فنى المذهب فيه قولان أصحهما أنه إذا صرف الاستثناء إلى الشرط الذى علق به الطلاق صح وإن صرفه إلى نفس الطلاق لم يصح . وقال أبو حنيفة والشافعى : الاستثناء يؤثر فى ذلك كله سواء قرنه بالقول الذى مخرجه مخرج الشرط ، أو بالقول الذى مخرجه مخرج الخبر . وسبب الخلاف ما قلناه من أن الاستثناء هل هو حال أو مانع؟ فاذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تأثير له فيه إذ قد وقع الطلاق ، أعنى إذا قال الرجل لزوجته : هى طالق إن شاء الله ؛ لأن المانع إنما يقوم لما لم يقع وهو المستقبل ؛ وإن قلنا إنه حال للعقود وجب أن يكون له تأثير فى الطلاق وإن كان قد وقع ، فتأمل هذا فإنه بين ؛ ولا معنى لقول المالكية إن الاستثناء فى هذا مستحيل لأن الطلاق قد وقع ،إلا أن يعتقدوا أن الاستثناء هو مانع لاحال ، فتأمل هذا فإنه ظاهر إن شاء الله .

القسم الثانى من الجملة الثانية

وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد . الفصل الأول : فى موجب الحنث وشروطه وأحكامه . الفصل الثانى : فى رافع الحنث وهى الكفارات . الفصل الثالث : متى ترفع وكم ترفع .

الفصل الأول فى موجب الحنث وشروطه وأحكامه

واتفقوا على أن موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه اليمين ، وذلك إما فعل ما على حلف ألا يفعله وإما ترك ماحلف على فعله إذا علم أنه قد تراخى عن فعل ما حلف على فعله إلى وقت ليس يمكنه فيه فعله وذلك فى اليمين بالترك المطلق . مثل أن يحلف لتأكلنّ هذا الرغيف فيأكله غيره ؛ أو إلى وقت هو غير الوقت الذى اشترط فى وجود الفعل عنه ، وذلك فى الفعل المشترط فعله فى زمان محدود ، مثل أن يقول : والله لأفعلن اليوم كذا وكذا ، فإنه إذا انقضى النهار ولم يفعل حنث ضرورة . واختلفوا منْ ذلك فى أربعة مواضع : أحدها إذا أتى بالمخالف ناسيا أو مكرها . والثانى هل يتعلق موجب اليمين بأقل ما ينطلق عليه الاسم أو بجميعه ، والموضع الثالث هل يتعلق اليمين بالمعنى المساوى لصيغة اللفظ أو بمفهومه المخصص للصيغة والمعمم لها . والموضع الرابع هل اليمين على نية الحالف أو المستحلف .

(فأما المسئلة الأولى) فإن مالكا يرى الساهى والمكره بمنزلة العامد ؛ والشافعى يرى أن لاحنث على الساهى ولا على المكره . وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى ـ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ـ ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » فإن هذين العمومين يمكن أن يخصص كل واحد منهما بصاحبه .

(وأما الموضع الثانى) فمثل أن يحلف أن لايفعل شيئا ففعل بعضه أو أنه يفعل شيئا فلم يفعل بعضه ؛ فعند مالك إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف فأكل بعضه لايبرأ إلا بأكله كله ، وإذا قال : لا آكل هذا الرغيف إنه يحنث إن أكل بعضه ؛ وعند الشافعى وأبى حنيفة أنه لايحنث فى الوجهين جميعا حملا على الأخذ بأكثر ما يدل عليه الاسم . وأما تفريق مالك بين الفعل والترك فلم يجر فى ذلك على أصل واحد لأنه أخذ فى الترك بأقل ما يدل عليه الاسم وأخذ فى الفعل بجميع ما يدل عليه الاسم ، وكأنه ذهب إلى الاحتياط.

(وأما المسئلة الثالثة) فمثل أن يحلف على شىء بعينه يفهم منه القصد إلى معنى

أعم من ذلك الشيء الذى لفظ به أو أخص ، أو يحلف على شيء وينوى به معنى أعم أو أخص، أو يكون للشيء الذى حلف عليه اسمان أحدهما لغوى والآخر عرفى وأحدهما أخص من الآخر . وأما إذا حلف على شيء بعينه فانه لايحنث عند الشافعى وأبى حنيفة إلا بالمخالفة الواقعة فى ذلك الشيء بعينه الذى وقع عليه الحلف وإن كان المفهوم منه معنى أعم أو أخص من قبل الدلالة العرفية . وكذلك أيضا فيما أحسب لايعتبرون النية المخالفة للفظ ، وإنما يعتبرون مجرد الألفاظ فقط . وأما مالك فإن المشهور من مذهبه أن المعتبر أولا عنده فى الأيمان التى لايقضى على حالفها بموجبها هو النية ، فإن عدمت فقرينة الحال فإن عدمت فعرف اللفظ ، فإن عدم فدلالة اللغة ؛ وقيل لايراعى إلا النية أو ظاهر اللفظ اللغوى فقط ؛ وقيل يراعى النية وبساط الحال ولا يراعى العرف وأما الأيمان التى يقضى بها على صاحبها فانه إن جاء الحالف مستفتيا كان حكمه حكم اليمين التى لايقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الأشياء فيها على هذا الترتيب وإن كان مما يقضى بها عليه لم يراع فيها إلا اللفظ إلا أن يشهد لما يدعى من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة الحال أو العرف .

(وأما المسئلة الرابعة) فإنهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف فى الدعاوى واختلفوا فى غير ذلك مثل الأيمان على المواعيد، فقال قوم : على نية الحالف ؛ وقال قوم : على نية المستحلف . وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اليَمِينُ عَلَى نِيَّةِ المُسْتَحْلِفِ» وقال عليه الصلاة والسلام « يَمِينُكَ عَلَى ما يُصَدِّقُكَ عَلَيْهِ صَاحِبُكَ » خرّج هذين الحديثين مسلم . ومن قال : اليمين على نية الحالف ، فإنما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لا ظاهر اللفظ . وفى هذا الباب فروع كثيرة . لكن هذه المسائل الأربع هى أصول هذا الباب إذ يكاد أن يكون جميع الاختلاف الواقع فى هذا الباب راجعا إلى الاختلاف فى هذه. وذلك فى الأكثر مثل اختلافهم فيمن حلف أن لايأكل رءوسا فأكل رءوس حيتان هل يحنث أم لا ؟ فمن راعى العرف قال لايحنث ؛ ومن راعى دلالة اللغة قال يحنث. ومثل اختلافهم فيمن حلف أن لايأكل لحما فأكل شحما ؛ فمن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقى قال لايحنث ؛ ومن رأى أن اسم الشيء قد ينطلق على ما يتولد منه قال يحنث .

وبالجملة فاختلافهم فى المسائل الفروعية التى فى هذا الباب هى راجعة إلى اختلافهم فى هذه المسائل التى ذكرنا، وراجعة إلى اختلافهم فى دلالات الألفاظ التى يحلف بها ، وذلك أن منها ما هى مجملة ، ومنها ما هى ظاهرة ؛ ومنها ما هى نصوص .

الفصل الثانى فى رافع الحنث

واتفقوا على أن الكفارة فى الأيمان هى الأربعة الأنواع التى ذكر الله فى كتابه فى قوله تعالى ـ فَكَفَّارَتُهُ ـ الآية . وجمهورهم على أن الحالف إذا حنث مخير بين الثلاثة منها : أعنى الإطعام أو الكسوة أو العتق ، وأنه لا يجوز له الصيام إلا إذا عجز عن هذه الثلاثة لقوله تعالى ـ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ـ إلا ما روى عن ابن عمر أنه كان إذا غلظ اليمين أعتق أو كسا، وإذا لم يغلظها أطعم . واختلفوا من ذلك فى سبع مسائل مشهورة : المسألة الأولى : فى مقدار الإطعام لكل واحد من العشرة مساكين . الثانية فى جنس الكسوة إذا اختار الكسوة وعددها . الثالثة : فى اشتراط التتابع فى صيام الثلاثة الأيام أو لا اشتراطه . الرابعة : فى اشتراط العدد فى المساكين . الخامسة : فى اشتراط الإسلام فيهم والحرية. السادسة : فى اشتراط السلامة فى الرقبة المعتقة من العيوب . السابعة : فى اشتراط الإيمان فيها .

(المسألة الأولى) أما مقدار الإطعام ؟ فقال مالك والشافعى وأهل المدينة : يعطى لكل مسكين مد من حنطة بمد النبى صلى الله عليه وسلم ، إلا أن مالكا قال : المد خاص بأهل المدينة فقط لضيق معايشهم ، وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم . وقال ابن القاسم : يجرى المد فى كل مدينة مثل قول الشافعى . وقال أبو حنيفة : يعطيهم نصف صاع من حنطة ، أو صاعا من شعير أو تمر ، قال : فإن غداهم وعشاهم أجزأه . والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى تأويل قوله تعالى ـ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ـ هل المراد بذلك أكلة واحدة أو قوت اليوم وهو غداء وعشاء ؟ فمن قال أكلة واحدة قال : المد وسط فى الشبع ؛ ومن قال غداء وعشاء قال : نصف صاع.

ولاختلافهم أيضا سبب آخر ، وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر متعمدا فى رمضان وبين كفارة الأذى ؛ فمن شبهها بكفارة الفطر قال مد واحد، ومن شبهها بكفارة الأذى قال نصف صاع . واختلفوا هل يكون مع الخبز فى ذلك إدام أم لا ؟ وإن كان فما هو الوسط فيه ؟ فقيل يجزى الخبز قفارا ؛ وقال ابن حبيب : لايجزى ؛ وقيل الوسط من الإدام الزيت ؛ وقيل اللبن والسمن والتمر . واختلف أصحاب مالك من الأهل الذين أضاف إليهم الوسط من الطعام فى قوله تعالى - من أوسط ما تطعمون أهليكم - فقيل أهل المكفّر وعلى هذا إنما يخرج الوسط من الشىء الذى منه يعيش إن قطنية فقطنية وإن حنطة فحنطة ، وقيل بل هم أهل البلد الذى هو فيه ، وعلى هذا فالمعتبر فى اللازم له هو الوسط من عيش أهل البلد لامن عيشه : أعنى الغالب ، وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الإطعام ، أعنى الوسط من قدر ما يطعم أهله ، أو الوسط من قدر ما يطعم أهل البلد أهليهم إلا فى المدينة خاصة .

(وأما المسئلة الثانية) وهى المجزئ من الكسوة . فإن مالكا رأى أن الواجب فى ذلك هو أن يكسى ما يجزى فيه الصلاة ، فإن كسا الرجل كسا ثوبا وإن كسا النساء كسا ثوبين درعا وخمارا . وقال الشافعى وأبوحنيفة : يجزى فى ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم إزار أو قميص أو سراويل أو عمامة ، وقال أبو يوسف لاتجزى العمامة ولا السراويل . وسبب اختلافهم هل الواجب الأخذ بأقل دلالة الاسم اللغوى أو المعنى الشرعى .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى اختلافهم فى اشتراط تتابع الأيام الثلاثة فى الصيام فإن مالكا والشافعى لم يشترطا فى ذلك وجوب التتابع وإن كانا استحباه واشترط ذلك أبوحنيفة . وسبب اختلافهم فى ذلك شيئان : أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التى ليست فى المصحف ، وذلك أن فى قراءة عبد الله بن مسعود - فصيام ثلاثة أيام متتابعات - . والسبب الثانى اختلافهم هل يحمل الأمر بمطلق الصوم على التتابع أم ليس يحمل إذا كان الأصل فى الصيام الواجب بالشرع إنما هو التتابع .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى اشتراط العدد فى المساكين ، فإن مالكا والشافعى قالا : لايجزيه إلا أن يطعم عشرة مساكين ؛ وقال أبوحنيفة : إن أطعم مسكينا

واحدا عشرة أيام أجزأه . والسبب فى اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور أو حق واجب على المكفر فقدر بالعدد المذكور ، فإن قلنا إنه حق واجب للعدد كالوصية ، فلا بد من اشتراط العدد ، وإن قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد أجزأ من ذلك إطعام مسكين واحد على عدد المذكورين والمسئلة محتملة .

(وأما المسئلة الخامسة) وهى اشتراط الإسلام والحرية فى المساكين ، فإن مالكا والشافعى اشترطاهما ولم يشترط ذلك أبو حنيفة . وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالفقر فقط ؟ أو بالإسلام ؟ إذ كان السمع قد أنبأ أنه يثاب بالصدقة على الفقير الغير المسلم ، فمن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشترط الإسلام فى المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة : ومن شبهها بالصدقات التى تكون عن تطوع أجاز أن يكونوا غير مسلمين . وأما سبب اختلافهم فى العبيد فهو هل يتصور فيهم وجود الفقر أم لا إذا كانوا مكفيين من ساداتهم فى غالب الأحوال ، أو ممن يجب أن يكفوا ؟ فمن راعى وجود الفقر فقط قال العبيد والأحرار سواء ، إذ قد يوجد من العبيد من يجوعه سيده ؛ ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال : يجب على السيد القيام بهم ، ويقضى بذلك عليه وإن كان معسرا قضى عليه ببيعه ، فليس يحتاجون إلى المعونة بالكفارات وما جرى مجراها من الصدقات .

(وأما المسئلة السادسة) وهى هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب ؟ فإن فقهاء الأمصار شرطوا ذلك ، أعنى العيوب المؤثرة فى الأثمان . وقال أهل الظاهر : ليس ذلك من شرطها . وسبب اختلافهم هل الواجب الأخذ بأقل ما يدل عليه الاسم أو بأتم ما يدل عليه .

(وأما المسئلة السابعة) وهى اشتراط الأيمان فى الرقبة أيضا ، فإن مالكا والشافعى اشترطا ذلك ، وأجاز أبو حنيفة أن تكون الرقبة غير مؤمنة . وسبب اختلافهم هو هل يحمل المطلق على المقيد فى الأشياء التى تتفق فى الأحكام وتختلف فى الأسباب كحكم حال هذه الكفارات مع كفارة الظهار ؛ فمن قال يحمل المطلق على المقيد فى ذلك قال باشتراط الإيمان فى ذلك حملا على اشتراط

ذلك في كفارة الظهار في قوله تعالى - فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ - ومن قال لايحمل وجب عنده أن يبقى موجب اللفظ على إطلاقه .

الفصل الثالث متى ترفع الكفارة الحنث ، وكم ترفع ؟

وأما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال الشافعي : إذا كفر بعد الحنث أو قبله فقد ارتفع الإثم ؛ وقال أبو حنيفة : لايرتفع الحنث إلا بالتكفير الذى يكون بعد الحنث لاقبله ؛ وروى عن مالك في ذلك القولان جميعا . وسبب اختلافهم شيئان : أحدهما اختلاف الرواية في قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ » فإن قوما رووه هكذا ، وقوم رووه « فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير » وظاهر هذه الرواية أن الكفارة تجوز قبل الحنث ، وظاهر الثانية أنها بعد الحنث . والسبب الثانى اختلافهم في هل يجزى تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه ، لأنه من الظاهر أن الكفارة إنما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول . ولقائل أن يقول : إن الكفارة إنما تجب بإرادة الحنث والعزم عليه كالحال في كفارة الظهار فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة ، وكان سبب الخلاف من طريق المعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث إذا وقع أو مانعة له ؟ فمن قال مانعة أجاز تقديمها على الحنث ؛ ومن قال رافعة لم يجزها إلا بعد وقوعه . وأما تعدد الكفارات بتعدد الأيمان فإنهم اتفقوا فيما علمتُ أن من حلف على أمور شتى بيمين واحدة أن كفارته كفارة يمين واحدة ، وكذلك فيما أحسب لاخلاف بينهم أنه إذا حلف بأيمان شتى على شىء واحد أن الكفارات الواجبة في ذلك بعدد الأيمان كالحالف إذا حلف بأيمان شتى على أشياء شتى . اختلفوا إذا حلف على شىء واحد بعينه مرارا كثيرة ، فقال قوم : في ذلك كفارة يمين واحدة ، وقال قوم : في كل يمين كفارة إلا أن يريد التأكيد ، وهو قول مالك ؛ وقال قوم : فيها كفارة واحدة ، إلا أن يريد التغليظ . وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الأيمان بالجنس أو بالعدد ، فمن قال : اختلافها بالعدد قال لكل يمين كفارة إذا كرر ومن قال اختلافها بالجنس قال : في هذه المسئلة يمين واحدة . واختلفوا إذا

حلف فى يمين واحدة بأكثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تعدد الكفارات بتعدد الصفات التى تضمنت اليمين أم فى ذلك كفارة واحدة ؟ فقال مالك : الكفارة فى هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات .

فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده ، وقال قوم إن أراد الكلام الأول وجاء بذلك على أنه قول واحد فكفارة واحدة إذ كانت يمينا واحدة . والسبب فى اختلافهم : هل مراعاة الواحدة أو الكثرة فى اليمين هو راجع إلى صيغة القول أو إلى تعدد الأشياء التى يشتمل عليها القول الذى مخرجه مخرج يمين ، فمن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ؛ ومن اعتبر عدد ما تضمنته صيغة القول من الأشياء التى يمكن أن يقسم بكل واحد منها على انفراده قال : الكفارة متعددة بتعددها ، وهذا القدر كاف فى قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف فى ذلك ، والله المعين برحمته .

كتاب النذور

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول : الفصل الأول : فى أصناف النذور . الفصل الثانى : فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجملة أحكامها . الثالث : فى معرفة الشىء الذى يلزم عنها وأحكامها .

الفصل الأول فى أصناف النذور

والنذور تنقسم أولا قسمين : قسم من جهة اللفظ وقسم من جهة الأشياء التى تنذر . فأما من جهة اللفظ فإنه ضربان : مطلق وهو المخرج مخرج الخبر . ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط . والمطلق على ضربين : مصرح فيه بالشىء المنذور به ، وغير مصرح ، فالأول مثل قول القائل : لله على نذر أن أحج ، والثانى مثل قوله : لله علىّ نذر ، دون أن يصرح بمخرج النذر ، والأول ربما صرح فيه بلفظ النذور ، وربما لم يصرح فيه به ، مثل أن يقول : لله علىّ أن أحج . وأما المقيد المخرج مخرج الشرط فكقول القائل : إن كان كذا فعلىّ لله نذر كذا وأن أفعل كذا وهذا ربما علقه بفعل من أفعال الله تعالى مثل أن يقول : إن شفى الله مريضى فعلىّ نذر كذا وكذا ، وربما علقه بفعل نفسه ، مثل أن

يقول : إن فعلت كذا فعلىّ نذر كذا ، وهذا هو الذى يسميه الفقهاء أيمانا ، وقد تقدم من قولنا أنها ليست بأيمان، فهذه هى أصناف النذر من جهة الصيغ . وأما أصنافه من جهة الأشياء التى من جنس المعانى المنذور بها ، فإنها تنقسم إلى أربعة أقسام نذر بأشياء من جنس القرب ، ونذر بأشياء من جنس المعاصى ، ونذر بأشياء من جنس المكروهات ، ونذر بأشياء من جنس المباحات ، وهذه الأربعة تنقسم قسمين : نذر بتركها ، ونذر بفعلها .

الفصل الثانى فيما يلزم من النذور ومالا يلزم

وأما ما يلزم من هذه النذور وما لايلزم ، فإنهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق فى القرب إلا ما حكى عن بعض أصحاب الشافعى أن النذر المطلق لايجوز ، وإنما اتفقوا على لزوم النذر المطلق إذا كان على وجه الرضا لاعلى وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر لاإذا لم يصرح ، وسواء كان النذر مصرحا فيه بالشىء المنذور أو كان غير مصرح . وكذلك أجمعوا على لزوم النذر الذى مخرجه مخرج الشرط إذا كان نذرا بقربة ، وإنما صاروا لوجوب النذر لعموم قوله تعالى ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ ـ ولأن الله تعالى قد مدح به فقال ـ يُوفُونَ بِالنَّذْرِ ـ وأخبر بوقوع العقاب بنقضه فقال ـ وَمِنْهُمْ مَنْ عاهَدَ اللهَ لَئِنْ آتانا مِنْ فَضْلِهِ ـ الآية ، إلى قوله ـ بِمَا كانُوا يَكْذِبُونَ ـ . والسبب فى اختلافهم فى التصريح بلفظ النذر فى النذر المطلق هو اختلافهم فى هل يجب النذر بالنية واللفظ معا أو بالنية فقط ؟ فمن قال بهما معا إذا قال لله علىّ كذا وكذا ولم يقل نذرا لم يلزمه شىء لأنه إخبار بوجوب شىء لم يوجبه الله عليه إلا أن يصرح بجهة الوجوب ؛ ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال : ينعقد النذر وإن لم يصرح بلفظه ، وهو مذهب مالك ، أعنى أنه إذا لم يصرح بلفظ النذر أنه يلزم ، وإن كان من مذهبه أن النذر لايلزم إلا بالنية واللفظ لكن رأى أن حذف لفظ النذر من القول غير معتبر إذ كان المقصود بالأقاويل التى مخرجها مخرج النذر النذرُ وإن لم يصرح فيها بلفظ النذر ، وهذا مذهب الجمهور ، والأول مذهب سعيد بن المسيب ، ويشبه أن يكون من لم ير

لزوم النذر المطلق إنما فعل ذلك من قبل أنه حمل الأمر بالوفاء على الندب ؛ وكذلك من اشترط فيه الرضا ، فإنما اشترطه لأن القربة إنما تكون على جهة الرضا لاعلى جهة اللجاج ، وهو مذهب الشافعى . وأما مالك فالنذر عنده لازم على أى جهة وقع ، فهذا ما اختلفوا فى لزومه من جهة اللفظ . وأما ما اختلفوا فى لزومه من جهة الأشياء المنذور بها فإن فيه من المسائل الأصول اثنتين

(المسئلة الأولى) اختلفوا فيمن نذر معصية ، فقال مالك والشافعى وجمهور العلماء : ليس يلزمه فى ذلك شىء . وقال أبو حنيفة وسفيان والكوفيون : بل هو لازم ، واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لافعل المعصية . وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار فى هذا الباب ، وذلك أنه روى فى هذا الباب حديثان أحدهما حديث عائشة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ فَلْيُطِعْهُ وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ اللهَ فلا يَعْصِه » فظاهر هذا أنه لايلزم النذر بالعصيان : والحديث الثانى حديث عمران بن حصين وحديث أبى هريرة الثابت عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « لانَذْرَ فى مَعْصِيَةِ اللهِ وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ » وهذا نص فى معنى اللزوم ؛ فمن جمع بينهما فى هذا قال : الحديث الأول تضمن الإعلام بأن المعصية لاتلزم وهذا الثانى تضمن لزوم الكفارة ؛ فمن رجح ظاهر حديث عائشة إذ لم يصح عنده حديث عمران وأبى هريرة قال : ليس يلزم فى المعصية شىء ؛ ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين أوجب فى ذلك كفارة يمين . قال أبو عمر بن عبد البر ضعف أهل الحديث حديث عمران وأبى هريرة قالوا : لأن حديث أبى هريرة يدور على سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث . وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن أبيه وأبوه مجهول لم يروعنه غير ابنه ، وزهير أيضا عنده مناكير ، ولكنه خرجه مسلم من طريق عقبة بن عامر ، وقد جرت عادة المالكية أن يحتجوا لمالك فى هذه المسئلة بما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائما فى الشمس ، فقال : ما بالُ هَذَا ؟ قالوا : نذر أن لايتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

مُرُوه فَلْيَتَكَلَّمْ وَلْيَسْتَظِلَّ وَلْيَجْلِسْ وَلْيُتِمَّ صِيَامَهُ » قالوا : فأمره أن يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية ، وليس بالظاهر أن ترك الكلام معصية ، وقد أخبر الله أنه نذر مريم ، وكذلك يشبه أن يكون القيام في الشمس ليس بمعصية ، إلا ما يتعلق بذلك من جهة إتعاب النفس . فإن قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص ، فالأصل فيه أنه من المباحات .

(المسئلة الثانية) واختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئا من المباحات فقال مالك : لايلزم ما عدا الزوجة ؛ وقال أهل الظاهر : ليس فى ذلك شىء؛ وقال أبو حنيفة : فى ذلك كفارة يمين . وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى ـ يا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَاجِكَ ـ وذلك أن النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعى أعنى من تحريم محلل أو تحليل محرم ، وذلك أن التصرف فى هذا إنما هو للشارع فوجب أن يكون لمكان هذا المفهوم أن من حرم على نفسه شيئا أباحه الله له بالشرع أنه لايلزمه كما لايلزم إن نذر تحليل شىء حرمه الشرع ، وظاهر قوله تعالى ـ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ـ أثر العتب على التحريم يوجب أن تكون الكفارة تحل هذا العقد ، وإذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم ، والفرقة الأولى تأولت التحريم المذكور فى الآية أنه كان العقد بيمين . وقد اختلف فى الشىء الذى نزلت فيه هذه الآية . وفى كتاب مسلم أن ذلك كان فى شربة عسل ، وفيه عن ابن عباس أنه قال : إذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها ، وقال ـ لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ـ

الفصل الثالث فى معرفة الشىء الذى يلزم عنها وأحكامها

وأما اختلافهم فيما ذا يلزم فى نَذْرٍ نَذْرٍ من النذور وأحكام ذلك ، فإن فيه اختلافا كثيرا، لكن نشير نحن من ذلك إلى مشهورات المسائل فى ذلك ، وهى التى تتعلق بأكثر ذلك بالنطق الشرعى على عادتنا فى هذا الكتاب ، وفى ذلك مسائل خمس :

(المسئلة الأولى) اختلفوا فى الواجب فى النذر المطلق الذى ليس يعين فيه

الناذر شيئا سوى أن يقول : لله علىَّ نذر ، فقال كثير من العلماء : فى ذلك كفارة يمين لاغير ؛ وقال قوم : بل فيه كفارة الظهار ؛ وقال قوم : أقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب صيام يوم أو صلاة ركعتين ، وإنما صار الجمهور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عقبة بن عامر أنه عليه الصلاة والسلام قال « كَفَّارَةَ النَّذْرِ كَفَّارَةُ يمين » خرجه مسلم . وأما من قال صيام يوم أو صلاة ركعتين فإنما ذهب مذهب من يرى أن المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم ، وصلاة ركعتين أو صيام يوم أقل ما ينطلق عليه اسم النذر . وأما من قال فيه كفارة الظهار فخارج عن القياس والسماع .

(المسئلة الثانية) اتفقوا على لزوم النذر بالمشى إلى بيت الله ، أعنى إذا نذر المشى راجلا . واختلفوا إذا عجز فى بعض الطريق فقال قوم : لاشىء عليه؛ وقال قوم : عليه . واختلفوا فماذا عليه على ثلاثة أقوال : فذهب أهل المدينة إلى أن عليه أن يمشى مرة أخرى من حيث عجز ، وإن شاء ركب وأجزأه وعليه دم ، وهذا مروى عن على . وقال أهل مكة : عليه هدى دون إعادة مشى . وقال مالك : عليه الأمران جميعا ، يعنى أنه يرجع فيمشى من حيث وجب وعليه هدى ، والهدى عنده بدنة أو بقرة أو شاة إن لم يجد بقرة أو بدنة . وسبب اختلافهم منازعة الأصول لهذه المسئلة ومخالفة الأثر لها ، وذلك أن من شبه العاجز إذا مشى مرة ثانية بالمتمتع والقارن من أجل أن القارن فعل ما كان عليه فى سفرين فى سفر واحد ، وهذا فعل ما كان عليه فى سفر واحد فى سفرين قال : يجب عليه هدى القارن أو المتمتع ؛ ومن شبهه بسائر الأفعال التى تنوب عنها فى الحج إراقة الدم قال : فيه دم ؛ ومن أخذ بالآثار الواردة فى هذا الباب قال : إذا عجز فلا شىء عليه . قال أبو عمر : والسنن الواردة الثابتة فى هذا الباب دليل على طرح المشقة وهو كما قال ، واحدها حديث عقبة بن عامر الجهنى قال : نذرت أختى أن تمشى إلى بيت الله عز وجل فأمرتنى أن أستفتى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاستفتيت لها النبى صلى الله عليه وسلم فقال « لِتَمْشِ ولِتَرْكَبْ » خرجه مسلم . وحديث أنس بن مالك « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين ابنتيه ، فسأل

عنه فقالوا : نذر أن يمشي ، فقال عليه الصلاة والسلام : إنَّ اللهَ لَغَنِيٌّ عَنْ تَعْذِيبِ هَذَا نَفْسَهُ ، وأمره أن يركب » وهذا أيضا ثابت .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشي فى حج أو عمرة فيمن نذر أن يمشى إلى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم أو إلى بيت المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما . فقال مالك والشافعى : يلزمه المشى ؛ وقال أبو حنيفة : لايلزمه شيء وحيث صلى أجزأه ، وكذلك عنده إن نذر الصلاة فى المسجد الحرام . وإنما وجب عنده المشى بالنذر إلى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة . وقال أبو يوسف صاحبه : من نذر أن يصلى فى بيت المقدس أو فى مسجد النبي عليه الصلاة والسلام لزمه ، وإن صلى فى البيت الحرام أجزأه عن ذلك . وأكثر الناس على أن النذر لما سوى هذه المساجد الثلاثة لايلزم لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتُسْرَجُ المَطِيُّ إلاَّ لِثَلاث ، فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس » وذهب بعض الناس إلى أنَّ النذر إلى المساجد التى يرجى فيها فضل زائد واجب ، واحتج فى ذلك بفتوى ابن عباس لولد المرأة التى نذرت أن تمشى إلى مسجد قباء فماتت أن يمشي عنها . وسبب اختلافهم فى النذر إلى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم فى المعنى الذى إليه تسرج المطيّ إلى هذه الثلاث مساجد ، هل ذلك لموضع صلاة الفرض فيما عدا البيت الحرام أو لموضع صلاة النفل ؟ فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض عنده لاينذر إذ كان واجبا بالشرع قال : النذر بالمشى إلى هذين المسجدين غير لازم ؛ ومن كان عنده أن النذر قد يكون فى الواجب أو أنه أيضا قد يقصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله عليه الصلاة والسلام « صَلاةٌ فى مَسْجِدِي هَذَا أفْضَلُ مِنْ ألْفِ صَلاةٍ فِيما سِوَاهُ إلاَّ المَسْجِدَ الحَرَامَ » واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل ، قال : هو واجب ؛ لكن أبو حنيفة حمل هذا الحديث على الفرض مصيرا إلى الجمع بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام « صَلاةُ أحَدِكُمْ فى بَيْتِهِ أفْضَلُ مِنْ صَلاتِهِ فى مَسْجِدِي هَذَا إلاَّ المَكْتُوبَةَ » وإلاّ وقع التضاد بين هذين الحديثين ، وهذه المسئلة هى أن تكون من الباب الثانى أحق من أن تكون من هذا الباب .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا فى الواجب على أن من نذر أن ينحر ابنه فى مقام إبراهيم ، فقال مالك : ينحر جزورا فداء له ؛ وقال أبو حنيفة : ينحر شاة، وهو أيضا مروى عن ابن عباس ؛ وقال بعضهم : بل ينحر مائة من الإبل؛ وقال بعضهم يهدى ديته ، وروى ذلك عن على ؛ وقال بعضهم : بل يحج به؛ وبه قال الليث ؛ وقال أبو يوسف والشافعى : لاشىء عليه لأنه نذر معصية ولا نذر فى معصية . وسبب اختلافهم قصة إبراهيم عليه الصلاة والسلام ، أعنى هل ما تقرب به إبراهيم هو لازم للمسلمين أم ليس بلازم ؟ فمن رأى أن ذلك شرع خص به إبراهيم قال : لايلزم النذر ؛ ومن رأى أنه لازم لنا قال : النذر لازم . والخلاف فى هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور، لكن يتطرق إلى هذا خلاف آخر، وهو أن الظاهر من هذا الفعل أنه كان خاصا بإبراهيم ولم يكن شرعا لأهل زمانه، وعلى هذا فليس ينبغى أن يختلف هل هو شرع لنا أم ليس بشرع ؟ والذين قالوا إنه شرع إنما اختلفوا فى الواجب فى ذلك من قبل اختلافهم أيضا فى هل يحمل الواجب فى ذلك على الواجب على إبراهيم ، أم يحمل على غير ذلك من القرب الإسلامية ، وذلك إما صدقة بديته، وإما حج به ، وإما هدى بدنة . وأما الذين قالوا مائة من الإبل ، فذهبوا إلى حديث عبد المطلب .

(المسئلة الخامسة) واتفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله فى سبيل الله أو فى سبيل من سبل البر أنه يلزمه وأنه ليس ترفعه الكفارة وذلك إذا كان نذرا على جهة الخبر لا على جهة الشرط وهو الذى يسمونه يمينا . واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل أن يقول : مالى للمساكين إن فعلت كذا ففعله ؛ فقال قوم : ذلك لازم كالنذر على جهة الخبر ولا كفارة فيه وهو مذهب مالك فى النذور التى صيغها هذه الصيغة ، أعنى أنه لا كفارة فيه ؛ وقال قوم : الواجب فى ذلك كفارة يمين فقط ، وهو مذهب الشافعى فى النذور التى مخرجها مخرج الشرط لأنه ألحقها بحكم الأيمان ؛ وأما مالك فألحقها بحكم النذور على ما تقدم من قولنا فى كتاب الأيمان ، والذين أعتقدوا وجوب إخراج ماله فى الموضع الذى اعتقدوه اختلفوا فى الواجب عليه ، فقال مالك : يخرج ثلث ماله فقط ؛ وقال قوم : بل يجب عليه إخراج جميع ماله ، وبه قال إبراهيم النخعى وزفر ؛ وقال أبو حنيفة : يخرج جميع الأموال التى تجب الزكاة فيها ،

وقال بعضهم: إن أخرج مثل زكاة ماله أجزأه . وفى المسئلة قول خامس . وهو إن كان المال كثيرا أخرج خمسه وإن كان وسطا أخرج سبعه وإن كان يسيرا أخرج عشره ، وحد هؤلاء الكثير بألفين ، والوسط بألف ، والقليل بخمسمائة ، وذلك مروى عن قتادة . والسبب فى اختلافهم فى هذه المسئلة ، أعنى من قال المال كله أو ثلثه معارضة الأصل فى هذا الباب للأثر ، وذلك أن ما جاء فى حديث أبى لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد أن يتصدق بجميع ماله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يُجْزِيكَ مِنْ ذلكَ الثلُثُ » هو نص فى مذهب مالك . وأما الأصل فيوجب أن اللازم له إنما هو جميع ماله حملا على سائر النذر ، أعنى أنه يجب الوفاء به على الوجه الذى قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة ، إذ قد استثناها النص ، إلا أن مالكا لم يلزم فى هذه المسئلة أصله ، وذلك أنه قال : إن حلف أو نذر شيئا معينا لزمه وإن كان كل ماله ، وكذلك يلزم عنده إن عين جزءا من ماله وهو أكثر من الثلث ، وهذا مخالف لنص ما رواه فى حديث أبى لبابة وفى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى جاء بمثل بيضة من ذهب فقال : أصبت هذا من معدن فخذها فهى صدقة ما أملك غيرها ، فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم جاءه عن يمينه ثم عن يساره ثم من خلفه، فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فحذفه بها ، فلو أصابه بها لأوجعه ، وقال عليه الصلاة والسلام « يأتى أحَدُكُمْ بِمَا يَمْلِكُ فَيَقُولُ هَذه صَدَقَةٌ ثُمَّ يَقْعُدُ يَتَكَفَّفُ النَّاسَ ، خَيْرُ الصَّدَقَة ما كانَ عَنْ ظَهْرِ غِنًى » وهذا نص فى أنه لا يلزم المال المعين إذا تصدق به وكان جميع ماله ؛ ولعل مالكا لم تصح عنده هذه الآثار . وأما سائر الأقاويل التى قيلت فى هذه المسئلة فضعاف ، وبخاصة من حد فى ذلك غير الثلث ، وهذا القدر كاف فى أصول هذا الكتاب ، والله الموفق للصواب .

كتاب الضحايا

وهذا الكتاب فى أصوله أربعة أبواب : الباب الأول : فى حكم الضحايا ومن المخاطب بها . الباب الثانى : فى أنواع الضحايا وصفاتها وأسنانها وعددها،

الباب الثالث : فى أحكام الذبح . الباب الرابع : فى أحكام لحوم الضحايا .

الباب الأول فى حكم الضحايا ، ومن المخاطب بها ؟

اختلف العلماء فى الأضحية هل هى واجبة أم هى سنة ؟ فذهب مالك والشافعى إلى أنها من السنن المؤكدة ، ورخص مالك للحاج فى تركها بمنى ؛ ولم يفرق الشافعى فى ذلك بين الحاج وغيره ؛ وقال أبو حنيفة : الضحية واجبة على المقيمين فى الأمصار الموسرين ، ولا تجب على المسافرين ؛ وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا : إنها ليست بواجبة ؛ وروى عن مالك مثل قول أبى حنيفة . وسبب اختلافهم شيئان : أحدهما هل فعله عليه الصلاة والسلام فى ذلك محمول على الوجوب أو على الندب ، وذلك أنه لم يترك صلى الله عليه وسلم الضحية قط فيما روى عنه حتى فى السفر على ماجاء فى حديث ثوبان قال : « ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم أضحيته ثم قال : يا ثَوْبانُ أَصْلِحْ لحْمَ هَذِهِ الضَّحِيَّةِ ، قال : فلم أزل أطعمه منها حتى قدم المدينة » . والسبب الثانى اختلافهم فى مفهوم الأحاديث الواردة فى أحكام الضحايا ، وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أم سلمة أنه قال « إذَا دَخَلَ العَشْرُ فأَرَادَ أحَدُكُمْ أنْ يُضَحِّيَ فَلا يأخُذْ مِنْ شَعْرِهِ شَيْئًا ولا مِنْ أظْفارِهِ » قالوا : فقوله « إذا أراد أحدكم أن يضحى » فيه دليل على أن الضحية ليست بواجبة . ولما أمر عليه الصلاة والسلام لأبى بردة بإعادة أضحيته إذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ، ومذهب ابن عباس أن لاوجوب . قال عكرمة : بعثنى ابن عباس بدرهمين أشترى بهما لحما وقال : من لقيت فقل له هذه ضحية ابن عباس . وروى عن بلال أنه ضحى بديك ، وكل حديث ليس بوارد فى الغرض الذى يحتج فيه به فالاحتجاج به ضعيف . واختلفوا هل يلزم الذى يريد التضحية أن لايأخذ من العشر الأول من شعره وأظفاره ، والحديث بذلك ثابت .

الباب الثانى فى أنواع الضحايا وصفاتها وأسنانها وعددها

وفى هذا الباب أربع مسائل مشهورة : إحداها فى تمييز الجنس . والثانية : فى تمييز الصفات . والثالثة : فى معرفة السن . والرابعة : فى العدد .

(المسئلة الأولى) أجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الأنعام ، واختلفوا فى الأفضل من ذلك . فذهب مالك إلى أن الأفضل فى الضحايا : الكباش ثم البقر ثم الإبل ، بعكس الأمر عنده فى الهدايا ؛ وقد قيل عنه الإبل ثم البقر ثم الكباش ؛ وذهب الشافعى إلى عكس ماذهب إليه مالك فى الضحايا : الإبل ثم البقر ثم الكباش ، وبه قال أشهب وابن شعبان . وسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل الفعل ، وذلك أنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه ضحى إلا بكبش ، فكان ذلك دليلا على أن الكباش فى الضحايا أفضل ، وذلك فيما ذكر بعض الناس وفى البخارى عن ابن عمر ما يدل على خلاف ذلك وهو أنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح وينحر بالمصلى » وأما القياس فلأن الضحايا قربة بحيوان فوجب أن يكون الأفضل فيها الأفضل فى الهدايا ، وقد احتج الشافعى لمذهبه بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ رَاحَ فى السَّاعَةِ الأُولى فكأنما قَرَّبَ بَدَنَةً وَمَنْ رَاحَ فى السَّاعَةِ الثَّانِيَةِ فكأنما قَرَّبَ بَقَرَةً وَمَنْ رَاحَ فى الساعَةِ الثَّالِثَةِ فكأنما قَرَّبَ كَبْشًا » الحديث ، فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان . وأما مالك فحمله على الهدايا فقط لئلا يعارض الفعل القول وهو الأولى . وقد يمكن أن يكون لاختلافهم سبب آخر ، وهو هل الذبح العظيم الذى فَدَى به إبراهيم سنة باقية إلى اليوم وإنها الأضحية ، وإن ذلك معنى قوله - وَتَرَكْنا عَلَيْهِ فى الآخِرِينَ - فمن ذهب إلى هذا قال : الكباش أفضل ؛ ومن رأى أن ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على أن الكباش أفضل ، مع أنه قد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالأمرين جميعا وإذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير إلى قول الشافعى ، وكلهم مجمعون على أنه لاتجوز الضحية بغير بهيمة الأنعام إلا ما حكى عن الحسن بن صالح أنه قال : تجوز التضحية ببقرة الوحش عن سبعة ، والظبى عن واحد .

(المسئلة الثانية) أجمع العلماء على اجتناب العرجاء البيِّن عرجها فى الضحايا والمريضة البيِّن مرضها والعجفاء التى لاتنقى [1] مصيرًا لحديث البراء بن عازب

---

(١) العجفاء التى لاتنقى : أى التى لامخ فى عظامها .

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا ؟ فأشار بيده وقال : «أربع » وكان البراء يشير بيده ويقول : يدى أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم : العرجاء البين عرجها ، والعوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعجفاء التى لاتنقى» . وكذلك أجمعوا على أن ما كان من هذه الأربع خفيفا فلا تأثير له فى منع الإجزاء . واختلفوا فى موضعين : أحدهما فيما كان من العيوب أشد من هذه المنصوص عليها مثل العمى وكسر الساق . والثانى فيما كان مساويا لها فى إفادة النقص وشينها ، أعنى ما كان من العيوب فى الأذن والعين والذنب والضرس وغير ذلك من الأعضاء ولم يكن يسيرا . فأما الموضع الأول ، فإن الجمهور على أن ما كان أشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهى أحرى أن تمنع الإجزاء . وذهب أهل الظاهر إلى أنه لاتمنع الإجزاء ولا يتجنب بالجملة أكثر من هذه العيوب التى وقع النص عليها . وسبب اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص أريد به الخصوص ، أو خاص أريد به العموم ؟ فمن قال أريد به الخصوص ولذلك أخبر بالعدد قال : لايمنع الإجزاء إلا هذه الأربعة فقط ؛ ومن قال هو خاص أريد به العموم وذلك من النوع الذى يقع فيه التنبيه بالأدنى على الأعلى قال : ماهو أشد من المنصوص عليها فهو أحرى أن لايجزى . وأما الموضع الثانى ، أعنى ما كان من العيوب فى سائر الأعضاء مفيدا للنقص على نحو إفادة هذه العيوب المنصوص عليها له فإنهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال : أحدها أنها تمنع الإجزاء كمنع المنصوص عليها ، وهو المعروف من مذهب مالك فى الكتب المشهورة . والقول الثانى أنها لاتمنع الإجزاء وإن كان يستحب اجتنابها ، وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة من البغداديين من أصحاب مالك . والقول الثالث أنها لاتمنع الإجزاء ولا يستحب تجنبها ، وهو قول أهل الظاهر . وسبب اختلافهم شيئان أحدهما اختلافهم فى مفهوم الحديث المتقدم . والثانى تعارض الآثار فى هذا الباب . أما الحديث المتقدم ، فمن رآه من باب الخاص أريد به الخاص قال : لايمنع ما سوى الأربع مما هو مساو لها أو أكثر منها. وأما من رآه من باب الخاص أريد به العام وهم الفقهاء ، فمن كان عنده أنه من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى فقط ، لامن باب التنبيه بالمساوى على المساوى قال : يلحق بهذه

الأربع ما كان أشد منها ، ولا يلحق بها ما كان مساويا لها فى منع الإجزاء إلا على وجه الاستحباب ؛ ومن كان عنده أنه من باب التنبيه على الأمرين جميعا أعنى على ما هو أشد من المنطوق به أو مساويا له قال: تمنع العيوب الشبيهة بالمنصوص عليها الإجزاء كما يمنعه العيوب التى هى أكبر منها ، فهذا هو أحد أسباب الخلاف فى هذه المسئلة ، وهو من قبل تردد اللفظ بين أن يفهم منه المعنى الخاص أو المعنى العام ، ثم إن من فهم منه العام ، فأى عام هو ؟ هل الذى هو أكثر من ذلك ؟ أو الذى هو أكثر والمساوى معا على المشهور من مذهب مالك ؟ وأما السبب الثانى فإنه ورد فى هذا الباب من الأحاديث الحسان حديثان متعارضان ، فذكر النسائى عن أبى بردة أنه قال : « يا رسول الله أكره النقص يكون فى القرن والأذن، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : ماكَرِهْتَهُ فَدَعْهُ ولا تُحَرِّمْهُ عَلَى غَيْرِكَ » وذكر على بن أبى طالب قال « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن ولا يضحى بشرقاء ولا خرقاء ولا مدابرة ولا بتراء » والشرقاء : المشقوقة الأذن . والخرقاء : المثقوبة الأذن . والمدابرة : التى قطع من جنبتى أذنها من خلف . فمن رجح حديث أبى بردة قال : لايتقى إلا العيوب الأربع أو ما هو أشد منها ؛ ومن جمع بين الحديثين بأن حمل حديث أبى بردة على اليسير الذى هو غير بين وحديث علىّ على الكثير الذى هو بين ألحق بحكم المنصوص عليها ما هو مساو لها ، ولذلك جرى أصحاب هذا المذهب إلى التحديد فيما يمنع الإجزاء مما يذهب من هذه الأعضاء ، فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الأذن والذنب ، وبعضهم اعتبر الأكثر ؛ وكذلك الأمر فى ذهاب الأسنان وأطباء الثدى

وأما القرن فإن مالكا قال ليس ذهاب جزء منه عيبا إلا أن يكون يدمى فإنه عنده من باب المرض ، ولا خلاف فى أن المرض البين يمنع الإجزاء . وخرج أبو داود « أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن أعضب الأذن والقرن » واختلفوا فى الصكاء وهى التى خلقت بلا أذنين ، فذهب مالك والشافعى إلى أنها لاتجوز ؛ وذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا كان خلقة جاز كالأجم ولم يختلف الجمهور أن قطع الأذن كله أو أكثره عيب ، وكل هذا

الاختلاف راجع إلى ما قدمناه . واختلفوا فى الأبتر ؛ فقوم أجازوه لحديث جابر الجعفى عن محمد بن قرظة عن أبى سعيد الخدرى أنه قال « اشتريت كبشا لأضحى به ، فأكل الذئب ذنبه ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : ضَحِّ بِهِ » وجابر عند أكثر المحدثين لايحتج به وقوم أيضا منعوه لحديث علىّ المتقدم .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى معرفة السن المشترطة فى الضحايا فإنهم أجمعوا على أنه لايجوز الجذع من المعز بل الثنىّ فما فوقه لقوله عليه الصلاة والسلام لأبى بردة لما أمره بالإعادة « يُجْزِيكَ ، ولا يُجْزِى جَذَعٌ عَنْ أحَدٍ غَيْرِكَ » واختلفوا فى الجذع من الضأن ، فالجمهور على جوازه ، وقال قوم : بل الثنى من الضأن . وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص ، فالخصوص هو حديث جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتَذْبَحُوا إلاَّ مُسِنَّةً إلاَّ أنْ يَعْسُرَ عَلَيْكُمْ فَتَذْبَحُوا جَذَعَةً مِنَ الضَّأْنِ » خرّجه مسلم . والعموم هو ما جاء فى حديث أبى بردة بن نيار خرجه من قوله عليه الصلاة والسلام « ولا تجزى جذعة عن أحد بعدك » فمن رجح هذا العموم على الخصوص ، وهو مذهب أبى محمد بن حزم فى هذه المسئلة لأنه زعم أن أبا الزبير مدلّس عند المحدّثين ، والمدلس عندهم من ليس يجرى العنعنة من قوله مجرى المسند لتسامحه فى ذلك ، وحديث أبى بردة لامطعن فيه . وأما من ذهب إلى بناء الخاص على العام على ما هو المشهور عند جمهور الأصوليين فإنه استثنى من ذلك العموم جذع الضأن المنصوص عليها وهو الأولى ، وقد صحح هذا الحديث أبو بكر بن صفور [1] ، وخطأ أبا محمد بن حزم فيما نسب إلى أبى الزبير فى غالب ظنى فى قول له رد فيه على ابن حزم .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى عدد ما يجزى من الضحايا عن المضحين فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك : يجوز أن يذبح الرجل الكبش أو البقرة أو البدنة مضحيا عن نفسه وعن أهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع ، وكذلك عنده الهدايا ؛ وأجاز الشافعى وأبو حنيفة وجماعة أن ينحر الرجل البدنة عن سبع ،

(١) هكذا بالأصل وليحرر .

وكذلك البقرة مضحيا أو مهديا ، وأجمعوا على أن الكبش لايجزى إلا عن واحد ، إلا مارواه مالك من أنه يجزى أن يذبحه الرجل عن نفسه وعن أهل بيته لاعلى جهة الشركة بل إذا اشتراه مفردا ، وذلك لما روى عن عائشة أنها قالت « كنا بمنى فدخل علينا بلحم بقر ، فقلنا ما هو ؟ فقالوا : ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه » وخالفه فى ذلك أبو حنيفة والثورى على وجه الكراهة لاعلى وتجه عدم الإجزاء . وسبب اختلافهم معارضة الأصل فى ذلك للقياس المبنى على الأثر الوارد فى الهدايا ، وذلك أن الأصل هو أن لايجزى إلا واحد عن واحد ، ولذلك اتفقوا على منع الاشتراك فى الضأن ، وإنما قلنا : إن الأصل هو أن لايجزى إلا واحد عن واحد ، لأن الأمر بالتضحية لايتبعض إذ كان من كان له شرك فى ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح إلا إن قام الدليل الشرعى على ذلك . وأما الأثر الذى انبنى عليه القياس المعارض لهذا الأصل فما روى عن جابر أنه قال « نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبع » وفى بعض روايات الحديث « سن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة » فقاس الشافعى وأبو حنيفة الضحايا فى ذلك على الهدايا ؛ وأما مالك فرجح الأصل على القياس المبنى على هذا الأثر لأنه اعتل لحديث جابر بأن ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت ، وهدى المحصر بعد ليس هو عنده واجبا وإنما هو تطوع ، وهدى التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ، ولا يجوز الاشتراك فى الهدى الواجب ، لكن على القول بأن الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدى ؛ وروى عنه ابن القاسم أنه لايجوز الاشتراك لافى هدى تطوع ولا فى هدى وجوب ، وهذا كأنه رد للحديث لمكان مخالفته للأصل فى ذلك ، وأجمعوا على أنه لايجوز أن يشترك فى النسك أكثر من سبعة : وإن كان قد روى من حديث رافع بن خديج ومن طريق ابن عباس وغيره « البدنة عن عشرة » . وقال الطحاوى : وإجماعهم على أنه لايجوز أن يشترك فى النسك أكثر من سبعة دليل على أن الآثار فى ذلك غير صحيحة ، وإنما صار مالك لجواز تشريك الرجل أهل بيته فى أضحيته أو هديه لما رواه عن ابن شهاب أنه قال « ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل بيته إلا بدنة واحدة

أو بقرة واحدة » وإنما خولف مالك فى الضحايا فى هذا المعنى ، أعنى فى التشريك لأن الإجماع انعقد على منع التشريك فيه فى الأجانب ، فوجب أن يكون الأقارب فى ذلك فى قياس الأجانب ، وإنما فرق مالك فى ذلك بين الأجانب والأقارب لقياسه الضحايا على الهدايا فى الحديث الذى احتج به : أعنى حديث ابن شهاب ، فاختلافهم فى هذه المسئلة إذا رجع إلى تعارض الأقيسة فى هذا الباب : أعنى إما إلحاق الأقارب بالأجانب ، وإما قياس الضحايا على الهدايا .

الباب الثالث فى أحكام الذبح

ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا النظر فى الوقت والذبح . أما الوقت فإنهم اختلفوا فيه فى ثلاثة مواضع : فى ابتدائه وفى انتهائه وفى الليالى المتخللة له . فأما فى ابتدائه ، فإنهم اتفقوا على أن الذبح قبل الصلاة لايجوز لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ ذَبَحَ قَبْلَ الصَّلاةِ فإنَّمَا هِيَ شاةُ لَحْمٍ » وأمره بالإعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله « أوَّلُ ما نَبْدأُ بِهِ فى يَوْمِنا هَذَا هُوَ أنْ نُصَلِّيَ ثُمَّ نَنْحَرَ » إلى غير ذلك من الآثار الثابتة التى فى هذا المعنى : واختلفوا فيمن ذبح قبل ذبح الإمام وبعد الصلاة ، فذهب مالك إلى أنه لايجوز لأحد ذبح أضحيته قبل ذبح الإمام؛ وقال أبو حنيفة والثورى : يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الإمام . وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب ، وذلك أنه جاء فى بعضها « أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر لمن ذبح قبل الصلاة أن يعيد الذبح » ، وفى بعضها « أنه أمر لمن ذبح قبل ذبحه أن يعيد » خرج هذا الحديث الذى فيه هذا المعنى مسلم ؛ فمن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الإمام فى جواز الذبح ؛ ومن جعل ذلك موطنا واحدا قال: إنما يعتبر فى إجزاء الذبح الصلاة فقط . وقد اختلفت الرواية فى حديث أبى بردة ابن نيار ، وذلك أن فى بعض رواياته « أنه ذبح قبل الصلاة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعيد الذبح » وفى بعضها « أنه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالإعادة » وإذا كان ذلك كذلك فحمل قول الراوى أنه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقول الآخر ذبح قبل الصلاة على موطن واحد أولى ، وذلك أن من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل

رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فيجب أن يكون المؤثر فى عدم الإجزاء إنما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء فى الآثار الثابتة فى ذلك من حديث أنس وغيره « أن من ذبح قبل الصلاة فليعد » وذلك أن تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية أن الذبح بعد الصلاة يجزئ ، لأنه لو كان هنالك شرط آخر مما يتعلق به إجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أن فرضه التبيين ، ونص حديث أنس هذا قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر « مَنْ كانَ ذَبَحَ قَبْلَ الصَّلاةِ فَلْيُعِدْ » واختلفوا من هذا الباب فى فرع مسكوت عنه ، وهو متى يذبح من ليس له إمام من أهل القرى ؟ فقال مالك : يتحرون ذبح أقرب الأئمة إليهم ؛ وقال الشافعى : يتحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون ؛ وقال أبو حنيفة : من ذبح من هؤلاء بعد الفجر أجزأه ؛ وقال قوم : بعد طلوع الشمس ؛ وكذلك اختلف أصحاب مالك فى فرع آخر ، وهو إذا لم يذبح الإمام فى المصلى ، فقال قوم : يتحرى ذبحه بعد انصرافه ؛ وقال قوم : ليس يجب ذلك . وأما آخر زمان الذبح فإن مالكا قال : آخره اليوم الثالث من أيام النحر وذلك مغيب الشمس . فالذبح عنده هو فى الأيام المعلومات يوم النحر ويومان بعده ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماعة ؛ وقال الشافعى والأوزاعى : الأضحى أربعة أيام يوم النحر وثلاثة أيام بعده . وروى عن جماعة أنهم قالوا : الأضحى يوم واحد وهو يوم النحر خاصة ؛ وقد قيل الذبح إلى آخر يوم من ذى الحجة وهو شاذ لا دليل عليه ، وكل هذه الأقاويل مروية عن السلف . وسبب اختلافهم شيئان : أحدهما اختلافهم فى الأيام المعلومات ما هى فى قوله تعالى ﴿لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللهِ فِى أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَى مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ﴾ - فقيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور ؛ وقيل العشر الأول من ذى الحجة . والسبب الثانى معارضة دليل الخطاب فى هذه الآية لحديث جبير بن مطعم ، وذلك أنه ورد فيه عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « كُلُّ فِجَاجِ مَكَّةَ مَنْحَرٌ وكُلُّ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ ذَبْحٌ » فمن قال فى الأيام المعلومات إنها يوم النحر ويومان بعده فى هذه الآية

ورجح دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال « لانحر إلا فى هذه الأيام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية وقال لامعارضة بينهما إذ الحديث اقتضى حكما زائدا على ما فى الآية ، مع أن الآية ليس المقصود منها تحديد أيام الذبح ، والحديث المقصود منه ذلك قال : يجوز الذبح فى اليوم الرابع إذ كان باتفاق من أيام التشريق ، ولا خلاف بينهم أن الأيام المعدودات هى أيام التشريق وأنها ثلاثة بعد يوم النحر ، إلا ما روى عن سعيد بن جبير أنه قال : يوم النحر من أيام التشريق . وإنما اختلفوا فى الأيام المعلومات على القولين المتقدمين . وأما من قال يوم النحر فقط فبناء على أن المعلومات هى العشر الأول قال : وإذا كان الإجماع قد انعقد أنه لايجوز الذبح منها إلا فى اليوم العاشر وهى محل الذبح المنصوص عليها فواجب أن يكون الذبح إنما هو يوم النحر فقط .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى اختلافهم فى الليالى التى تتخلل أيام النحر ، فذهب مالك فى المشهور عنه إلى أنه لايجوز الذبح فى ليالى أيام التشريق ولا النحر؛ وذهب الشافعى وجماعة إلى جواز ذلك . وسبب اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم اليوم ، وذلك أن مرة يطلقه العرب على النهار والليلة مثل قوله تعالى ـ فَتَمَتَّعُوا فى دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ـ ومرة يطلقه على الأيام دون الليالى مثل قوله تعالى ـ سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ حُسُومًا ـ فمن جعل اسم اليوم يتناول الليل مع النهار فى قوله تعالى ـ لِيَذْكُرُوا اسْمَ اللهِ فِى أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ ـ قال : يجوز الذبح بالليل والنهار فى هذه الأيام ؛ ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل فى هذه الآية قال : لايجوز الذبح ولا النحر بالليل . والنظر هل اسم اليوم أظهر فى أحدهما من الثانى ، ويشبه أن يقال إنه أظهر فى النهار منه فى الليل ، لكن إن سلمنا أن دلالته فى الآية هى على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل إلا بنحو ضعيف من إيجاب دليل الخطاب ، وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم ، وهذا النوع من أنواع الخطاب هو من أضعفها حتى إنهم قالوا ما قال به أحد من المتكلمين إلا الدقاق فقط إلا أن يقول قائل إن الأصل هو الحظر فى الذبح ، وقد ثبت جوازه بالنهار ، فعلى من جوزه

بالليل الذليل . وأما الذابح فإن العلماء استحبوا أن يكون المضحى هو الذى يلى ذبح أضحيته بيده ، واتفقوا على أنه يجوز أن يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل تجوز الضحية إن ذبحها غيره بغير إذنه ، فقيل لاتجوز ، وقيل بالفرق بين أن يكون صديقا أو ولدا أو أجنبيا ، أعنى أنه يجوز إن كان صديقا أو ولدا ، ولم يختلف المذهب فيما أحسب أنه إن كان أجنبيا أنها لاتجوز.

الباب الرابع فى أحكام لحوم الضحايا

واتفقوا على أن المضحى مأمور أن يأكل من لحم أضحيته ويتصدق لقوله تعالى - فَكُلُوا مِنْهَا وأَطْعِمُوا البَائِسَ الفَقِيرَ - وقوله تعالى - وأَطْعِمُوا القَانِعَ والمُعْتَرَّ - ولقوله صلى الله عليه وسلم فى الضحايا « كُلُوا وتَصَدَّقُوا وادَّخِرُوا » . واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالأكل والصدقة معا ، أم هو مخير بين أن يفعل أحد الأمرين ؟ أعنى أن يأكل الكل أو يتصدق بالكل ؟ وقال ابن المواز له أن يفعل أحد الأمرين ؛ واستحب كثير من العلماء أن يقسمها أثلاثا : ثلثا للادخار ، وثلثا للصدقة ، وثلثا للأكل لقوله عليه الصلاة والسلام « فكلوا وتصدقوا وادخروا » وقال عبد الوهاب فى الأكل إنه ليس بواجب فى المذهب خلافا لقوم أوجبوا ذلك ، وأظن أهل الظاهر يوجبون تجزئة لحوم الضحايا إلى الأقسام الثلاثة التى يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت أنه لايجوز بيع لحمها ، واختلفوا فى جلدها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع به منها ، فقال الجمهور : لايجوز بيعه ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير : أى بالعروض . وقال عطاء : يجوز بكل شىء دراهم ودنانير وغير ذلك ، وإنما فرق أبو حنيفة بين الدراهم وغيرها ، لأنه رأى أن المعاوضة بالعروض هى من باب الانتفاع لإجماعهم على أنه يجوز أن ينتفع به ، وهذا القدر كاف فى قواعد هذا الكتاب والحمد لله .

كتاب الذبائح

والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أبواب : الباب الأول : فى معرفة محل الذبح والنحر ، وهو المذبوح أو المنحور . الباب الثانى : فى معرفة

الذبح والنحر . الباب الثالث : فى معرفة الآلة التى بها يكون الذبح والنحر .
الباب الرابع : فى معرفة شروط الذكاة . الباب الخامس : فى معرفة الذابح
والناحر والأصول هى الأربعة ، والشروط يمكن أن تدخل فى الأربعة الأبواب
والأسهل فى التعليم أن يجعل بابا على حدته .

الباب الأول فى معرفة محل الذبح والنحر

والحيوان فى اشتراط الذكاة فى أكله على قسمين : حيوان لايحل إلا بذكاة ،
وحيوان يحل بغير ذكاة . ومن هذه ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه .
واتفقوا على أن الحيوان الذى يعمل فيه الذبح هو الحيوان البرى ذو الدم الذى
ليس بمحرم ولامنفوذ المقاتل ولا ميئوس منه بوقذ أو نطح أو تردّ أو افتراس
سبع أو مرض ، وأن الحيوان البحرى ليس يحتاج إلى ذكاة . واختلفوا
فى الحيوان الذى ليس بدمى مما يجوز أكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة أم لا ؟
وفى الحيوان المدمى الذى يكون تارة فى البحر وتارة فى البر مثل السلحفاة وغيره .
واختلفوا فى تأثير الذكاة فى الأصناف التى نص عليها فى آية التحريم وفى تأثير
الذكاة فيما لايحل أكله ، أعنى فى تحليل الانتفاع بجلودها وسلب النجاسة عنها ،
ففى هذا الباب إذًا ست مسائل أصول : المسئلة الأولى فى تأثير الذكاة فى الأصناف
الخمسة التى نص عليها فى الآية إذا أدركت حية . المسئلة الثانية . : فى تأثير الذكاة
فى الحيوان المحرم الأكل . المسئلة الثالثة : فى تأثير الذكاة فى المريضة . المسئلة
الرابعة : فى هل ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا ؟ المسئلة الخامسة : هل للجراد
ذكاة أم لا ؟ المسئلة السادسة : هل للحيوان الذى يأوى فى البر تارة وفى البحر
تارة ذكاة أم لا ؟ .

(المسئلة الأولى) أما المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع
فإنهم اتفقوا فيما أعلم أنه إذا لم يبلغ الخنق منها أو الوقذ منها إلى حالة لايرجى
فيها أن الذكاة عاملة فيها ، أعنى أنه إذا غلب على الظن أنها تعيش ، وذلك
بأن لايصاب لها مقتل . واختلفوا إذا غلب على الظن أنها تهلك من ذلك باصابة
مقتل أو غيره ، فقال قوم : تعمل الذكاة فيها ، وهو مذهب أبى حنيفة
والمشهور من قول الشافعى ، وهو قول الزهرى وابن عباس ؛ وقال قوم :

لاتعمل الذكاة فيها ؛ وعن مالك فى ذلك الوجهان ، ولكن الأشهر أنها لاتعمل فى الميئوس منها : وبعضهم تأول فى المذهب أن الميئوس منها على ضربين ميئوسة مشكوك فيها ، وميئوسة مقطوع بموتها وهى المنفوذة المقاتل على اختلاف بينهم أيضا فى المقاتل قال : فأما الميئوسة المشكوك فيها ففى المذهب فيها روايتان مشهورتان ؛ وأما المنفوذة المقاتل فلا خلاف فى المذهب المنقول أن الذكاة لاتعمل فيها وإن كان يتخرج فيها الجواز على وجه ضعيف . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى - إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ - هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناوله اللفظ وهو المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء المتصل ، أم هو استثناء منقطع لاتأثير له فى الجملة المتقدمة ، إذ كان هذا أيضا شأن الاستثناء المنقطع فى كلام العرب ، فمن قال إنه متصل قال : الذكاة تعمل فى هذه الأصناف الخمسة ؛ وأما من قال الاستثناء منقطع فإنه قال : لاتعمل الذكاة فيها . وقد احتج من قال إن الاستثناء متصل بإجماعهم على أن الذكاة تعمل فى المرجوّ منها قال : فهذا يدل على أن الاستثناء له تأثير فيها فهو متصل . وقد احتج أيضا من رأى أنه منقطع بأن التحريم لم يتعلق بأعيان هذه الأصناف الخمسة وهى حية وإنما يتعلق بها بعد الموت ، وإذا كان ذلك كذلك فالاستثناء منقطع ، وذلك أن معنى قوله تعالى - حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ - إنما هو لحم الميتة ، وكذلك لحم الموقوذة والمتردية والنطيحة وسائرها : أى لحم الميتة بهذه الأسباب سوى التى تموت من تلقاء نفسها ، وهى التى تسمى ميتة أكثر ذلك فى كلام العرب أو بالحقيقة قالوا ، فلما علم أن المقصود لم يكن تعليق التحريم بأعيان هذه وهى حية ، وإنما علق بها بعد الموت ، لأن لحم الحيوان محرم فى حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها ، وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام « ماقُطِعَ مِنَ الْبَهِيمَةِ وَهِيَ حَيَّةٌ فَهُوَ مَيْتَةٌ » وجب أن يكون قوله - إلا ما ذكيتم - استثناء منقطعا ، لكن الحق فى ذلك أن كيفما كان الأمر فى الاستثناء فواجب أن تكون الذكاة تعمل فيها ، وذلك أنه إن علقنا التحريم بهذه الأصناف فى الآية بعد الموت وجب أن تدخل فى التذكية

من جهة ما هى حية الأصناف الخمسة وغيرها ، لأنها ما دامت حية مساوية لغيرها فى ذلك من الحيوان ، أعنى أنها تقبل الحلية من قبل التذكية التى الموت منها هو سبب الحلية ، وإن قلنا إن الاستثناء متصل فلا خفاء بوجوب ذلك ، ويحتمل أن يقال : إن عموم التحريم يمكن أن يفهم منه تناول أعيان هذه الخمسة بعد الموت وقبله كالحال فى الخنزير الذى لاتعمل فيه الذكاة ، فيكون الاستثناء على هذا رافعا لتحريم أعيانها بالتنصيص على عمل الذكاة فيها ، وإذا كان ذلك كذلك لم يلزم ما اعترض به ذلك المعترض من الاستدلال على كون الاستثناء منقطعا . وأما من فرق بين المنفوذة المقاتل والمشكوك فيها فيحتمل أن يقال إن مذهبه أن الاستثناء منقطع وأنه إنما جاز تأثير الذكاة فى المرجوة بالإجماع ، وقاس المشكوكة على المرجوة . ويحتمل أن يقال إن الاستثناء متصل ، ولكن استثناء هذا الصنف من الموقوذة بالقياس ، وذلك أن الذكاة إنما يجب أن تعمل فى حين يقطع أنها سبب الموت ،فأما إذا شك هل كان موجب الموت الذكاة أو الوقذ أو النطح أو سائرها فلا يجب أن تعمل فى ذلك وهذه هى حال المنفوذة المقاتل ، وله أن يقول إن المنفوذة المقاتل فى حكم الميتة والذكاة من شرطها أن ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الذاهبة .

(المسئلة الثانية) وأما هل تعمل الذكاة فى الحيوانات المحرمات الأكل حتى تطهر بذلك جلودهم ، فإنهم أيضا اختلفوا فى ذلك ؛ فقال مالك: الذكاة تعمل فى السباع وغيرها ما عدا الخنزير ، وبه قال أبو حنيفة ، إلا أنه اختلف المذهب فى كون السباع فيه محرمة أو مكروهة على ما سيأتى فى كتاب الأطعمة والأشربة . وقال الشافعى : الذكاة تعمل فى كل حيوان محرم الأكل[1] فيجوز بيع جميع أجزائه والانتفاع بها ما عدا اللحم . وسبب الخلاف هل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم فى الحلية والحرمة ، أم ليست بتابعة للحم ؟ فمن قال إنها تابعة للحم قال : إذا لم تعمل الذكاة فى اللحم لم تعمل فيما سواه ؛ ومن رأى أنها ليست بتابعة قال : وإن لم تعمل فى اللحم فإنها تعمل فى سائر أجزاء الحيوان ، لأن الأصل أنها تعمل فى جميع الأجزاء ، فإذا ارتفع بالدليل المحرم للحم عملها فى اللحم بقى عملها فى سائر الأجزاء إلا أن يدل الدليل على ارتفاعه .

(١) ليس هذا مشهور مذهب الشافعى فليراجع اه مصححه .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا فى تأثير الذكاة فى البهيمة التى أشرفت على الموت من شدة المرض بعد اتفاقهم على عمل الذكاة فى التى تشرف على الموت ، فالجمهور على أن الذكاة تعمل فيها وهو المشهور عن مالك ، وروى عنه أن الذكاة لاتعمل فيها . وسبب الخلاف معارضة القياس للأثر . فأما الأثر فهو ما روى « أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فأصيبت شاة منها فأدركتها فذكتها بحجر ، فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : كلوها » خرجه البخارى ومسلم . وأما القياس فلأن المعلوم من الذكاة أنها إنما تفعل فى الحى وهذه فى حكم الميت وكل من أجاز ذبحها فإنهم اتفقوا على أنه لاتعمل الذكاة فيها إلا إذا كان فيها دليل على الحياة . واختلفوا فيما هو الدليل المعتبر فى ذلك . فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها ، والأول مذهب أبى هريرة والثانى مذهب زيد بن ثابت؛ وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات : طرف العين وتحريك الذنب والركض بالرجل ، وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم ، وهو الذى اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه التنفس ، وهو مذهب ابن حبيب .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا هل تعمل ذكاة الأم فى جنينها أم ليس تعمل فيه ؟ وإنما هو ميتة ، أعنى إذا خرج منها بعد ذبح الأم ؛ فذهب جمهور العلماء إلى أن ذكاة الأم ذكاة لجنينها ، وبه قال مالك والشافعى ؛ وقال أبو حنيفة : إن خرج حيا ذبح وأكل ، وإن خرج ميتا فهو ميتة ؛ والذين قالوا : إن ذكاة الأم ذكاة له بعضهم اشترط فى ذلك تمام خلقته ونبات شعره ، وبه قال مالك؛ وبعضهم لم يشترط ذلك ، وبه قال الشافعى . وسبب اختلافهم فى صحة الأثر المروى فى ذلك من حديث أبى سعيد الخدرى مع مخالفته للأصول ، وحديث أبى سعيد هو قال « سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة أو الناقة أو الشاة ينحرها أحدنا فنجد فى بطنها جنينا أنأكله أو نلقيه ؟ فقال: كُلُوهُ إنْ شِئْتُمْ فإنَّ ذَكاتَهُ ذَكاةُ أُمِّهِ » وخرج مثله الترمذى وأبو داود عن جابر . واختلفوا فى تصحيح هذا الأثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وأحد من صححه الترمذى . وأما مخالفة الأصل فى هذا الباب للأثر ، فهو

أن الجنين إذا كان حيا ثم مات بموت أمه فإنما يموت خنقا فهو من المنخنقة التى ورد النص بتحريمها، وإلى تحريمه ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرض سند الحديث. وأما اختلاف القائلين بحليته فى اشتراطهم نبات الشعر فيه أو لااشتراطه فالسبب فيه معارضة العموم للقياس، وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام « ذَكاةُ الجَنينِ ذَكاةُ أُمِّه » يقتضى أن لايقع هنالك تفصيل وكونه محلا للذكاة يقتضى أن يشترط فيه الحياة قياسا على الأشياء التى تعمل فيها التذكية ، والحياة لاتوجد إلا فيه إذا نبت شعره وتم خلقه ، ويعضد هذا القياس أن هذا الشرط مروى عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة . وروى معمر عن الزهرى عن عبد الله بن كعب بن مالك قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون : إذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه . وروى ابن المبارك عن ابن أبى ليلى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ذَكاةُ الجَنينِ ذَكاةُ أُمِّه أَشْعَرَ أَوْ لَمْ يُشْعِر » إلا أن ابن أبى ليلى سيء الحفظ عندهم، والقياس يقتضى أن تكون ذكاته فى ذكاة أمه من قبل أنه جزء منها ، وإذا كان ذلك كذلك ، فلا معنى لاشتراط الحياة فيه ، فيضعف أن يخصص العموم الوارد فى ذلك بالقياس الذى تقدم ذكره عن أصحاب مالك .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا فى الجراد ؛ فقال مالك : لايؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو أن يقتل إما بقطع رأسه أو بغير ذلك . وقال عامة الفقهاء: يجوز أكل ميتته ، وبه قال مطرف ؛ وذكاة ما ليس بذى دم عند مالك كذكاة الجراد . وسبب اختلافهم فى ميتة الجراد هو هل يتناوله اسم الميتة أم لا فى قوله تعالى ـ حرمت عليكم الميتة ـ وللخلاف سبب آخر وهو هل هو نثرة حوت أو حيوان برى .

(المسئلة السادسة) واختلفوا فى الذى يتصرف فى البر والبحر هل يحتاج إلى ذكاة أم لا ؟ فغلب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر ، واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالبا ه

الباب الثانى فى الذكاة

وفى قواعد هذا الباب مسئلتان : المسئلة الأولى فى أنواع الذكاة المختصة بنصف صنف من بهيمة الأنعام . الثانية : فى صفة الذكاة .

(المسئلة الأولى) واتفقوا على أن الذكاة فى بهيمة الأنعام نحر وذبح ، وأن من سنة الغنم والطير الذبح ، وأن من سنة الإبل النحر ، وأن البقر يجوز فيها الذبح والنحر . واختلفوا هل يجوز النحر فى الغنم والطير والذبح فى الإبل ؟ فذهب مالك إلى أنه لايجوز النحر فى الغنم والطير ولا الذبح فى الإبل ، وذلك فى غير موضع الضرورة : وقال قوم : يجوز جميع ذلك من غير كراهة ، وبه قال الشافعى وأبوحنيفة والثورى وجماعة من العلماء . وقال أشهب : إن نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر أكل ولكنه يكره . وفرق ابن بكير بين الغنم والإبل فقال : يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة بالنحر ، ولم يختلفوا فى جواز ذلك فى موضع الضرورة . وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم . فأما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام «ما أَنْهَرَ الدَّمَ وَذُكِرَ اسْمُ الله عَلَيْهِ فَكُلُوا» وأما الفعل ، فإنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر الإبل والبقر وذبح الغنم ، وإنما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى ـ إن اللهَ يأْمُرُكُمْ أنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً ـ وعلى ذبح الغنم لقوله تعالى فى الكبش ـ وَفَدَيْنَاهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ ـ .

(المسئلة الثانية) وأما صفة الذكاة فإنهم اتفقوا على أن الذبح الذى يقطع فيه الودجان والمرىء والحلقوم مبيح للأكل . واختلفوا من ذلك فى مواضع : أحدها هل الواجب قطع الأربعة كلها أو بعضها ؟ وهل الواجب فى المقطوع منها قطع الكل أو الأكثر ؟ وهل من شرط القطع أن لاتقع الجوزة إلى جهة البدن بل إلى جهة الرأس ، وهل إن قطعها من جهة العنق جاز أكلها أم لا ؟ وهل إن تمادى فى قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك أم لا ؟ وهل من شرط الذكاة أن لايرفع يده حتى يتم الذكاة أم لا ؟ فهذه ست مسائل فى عدد المقطوع وفى مقداره وفى موضعه وفى نهاية القطع وفى جهته أعنى من قدام أو خلف وفى صفته

(أما المسئلة الأولى) فإن المشهور عن مالك فى ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وأنه لايجزئ أقل من ذلك : وقيل عنه بل الأربعة ؛ وقيل بل الودجين فقط ، ولم يختلف المذهب فى أن الشرط فى قطع الودجين هو استيفاؤهما . واختلف فى قطع الحلقوم على القول بوجوبه فقيل كله ، وقيل أكثره . وأما أبو حنيفة فقال : الواجب فى التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الأربعة ، إما الحلقوم والودجان ، وإما المرئ والحلقوم وأحد الودجين ، أو المرئ والودجان . وقال الشافعى : الواجب قطع المرئ والحلقوم فقط . وقال محمد بن الحسن : الواجب قطع أكثر كل واحد من الأربعة . وسبب اختلافهم أنه لم يأت فى ذلك شرط منقول . وإنما جاء فى ذلك أثران : أحدهما يقتضى إنهار الدم فقط ، والآخر يقتضى قطع الأوداج مع إنهار الدم ؛ فنى حديث رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل » وهو حديث متفق على صحته . وروى عن أبى أمامة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ما فَرَى الأَوْدَاجَ فَكُلُوا ما لَمْ يَكُنْ رَضَ ناب أَوْ نَخْرَ ظُفُرٍ » فظاهر الحديث الأول يقتضى قطع بعض الأوداج فقط لأن إنهار الدم يكون بذلك . وفى الثانى قطع جميع الأوداج . فالحديثان والله أعلم متفقان على قطع الودجين . إما أحدهما أو البعض من كليهما أو من واحد منهما ، ولذلك وجه الجمع بين الحديثين أن يفهم من لام التعريف فى قوله عليه الصلاة والسلام « ما فرى الأوداج » البعض لا الكل . إذ كانت لام التعريف فى كلام العرب قد تدل على البعض وأما من اشترط قطع الحلقوم والمرئ فليس له حجة من السماع وأكثر من ذلك من اشترط المرئ والحلقوم دون الودجين ، ولهذا ذهب قوم إلى أن الواجب هو قطع ما وقع الإجماع على جوازه . لأن الذكاة لما كانت شرطا فى التحليل ولم يكن فى ذلك نص فيما يجرى وجب أن يكون الواجب فى ذلك ما وقع الإجماع على جوازه ، إلا أن يقوم الدليل على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف . لأن ما وقع الإجماع على إجزائه ليس يلزم أن يكون شرطا فى الصحة .

(وأما المسئلة الثالثة) فى موضع القطع وهى إن لم يقطع الجوزة فى نصفها وخرجت إلى جهة البدن فاختلف فيه فى المذهب ؛ فقال مالك وابن القاسم

لاتؤكل ؛ وقال أشهب وابن عبد الحكم وابن وهب تؤكل . وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط فى الذكاة أو ليس بشرط ؟ فمن قال إنه شرط قال : لابد أن تقطع الجوزة ، لأنه إذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليما ؛ ومن قال إنه ليس بشرط قال : إن قطع فوق الجوزة جاز .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى أن قطع أعضاء الذكاة من ناحية العنق ، فإن المذهب لايختلف أنه لايجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم. وأجاز ذلك الشافعى وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور ، وروى ذلك عن ابن عمر وعلى وعمران بن الحصين . وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة فى المنفوذة المقاتل أم لاتعمل ، وذلك أن القاطع لأعضاء الذكاة من القفا لايصل إليها بالقطع إلا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل ، فترد الذكاة على حيوان قد أصيب مقتله ، وقد تقدم سبب الخلاف فى هذه المسئلة .

(وأما المسئلة الخامسة) وهى أن يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع ، فإن مالكا كره ذلك إذا تمادى فى القطع ولم ينو قطع النخاع من أول الأمر ، لأنه إن نوى ذلك فكأنه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة . وقال مطرف وابن الماجشون : لاتؤكل إن قطعها متعمدا دون جهل ، وتؤكل إن قطعها ساهيا أو جاهلا .

(وأما المسئلة السادسة) وهى هل من شرط الذكاة أن تكون فى فور واحد فإن المذهب لايختلف أن ذلك من شرط الذكاة ، وأنه إذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم أعادها . وقد تباعد ذلك أن تلك الذكاة لاتجوز . واختلفوا إذا أعاد يده بفور ذلك وبالقرب ، فقال ابن حبيب : إن أعاد يده بالفور أكلت ؛ وقال سحنون : لاتؤكل ؛ وقيل إن رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكاة أم لا فأعادها على الفور إن تبين له أنها لم تتم أكلت وهو أحد ما تؤول على سحنون وقد تؤول قوله على الكراهة . قال أبو الحسن اللخمى : ولو قيل عكس هذا لكان أجود، أعنى أنه إذا رفع يده وهو يظن أنه قد أتم الذكاة فتبين له غير ذلك فأعادها أنها تؤكل ، لأن الأول وقع عن شك وهذا عن اعتقاد ظنه يقينا وهذا مبنى على أن من شرط الذكاة قطع كل أعضاء الذكاة ، فإذا رفع يده

قبل أن تستتم كانت منفوذة المقاتل غير مذكاة ، فلا تؤثر فيها العودة ، لأنها بمنزلة ذكاة طرأت على المنفوذة المقاتل .

الباب الثالث فيما تكون به الذكاة

أجمع العلماء على أن كل ما أنهر الدم وفرى الأوداج من حديد أو صخر أو عود أو قضيب أن التذكية به جائزة . واختلفوا فى ثلاثة : فى السن والظفر والعظم ، فمن الناس من أجاز التذكية بالعظم ومنعها بالسن والظفر ، والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين أن يكونا منزوعين أو لايكونا منزوعين ، فأجاز التذكية بهما إذا كانا منزوعين ولم يجزها إذا كانا متصلين ؛ ومنهم من قال : إن الذكاة بالسن والعظم مكروهة غير ممنوعة ، ولا خلاف فى المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة إذا أنهر الدم ، واختلف فى السن والظفر فيه على الأقاويل الثلاثة ، أعنى بالمنع مطلقا ، والفرق فيهما بين الانفصال والاتصال وبالكراهية لابالمنع . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم النهى الوارد فى قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث رافع بن خديج ، وفيه قال « يا رسول الله إنالاقو العدو غدا وليس معنا مدى فنذبح بالقصب ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : مَاأَنْهَرَ الدَّمَ وَذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ فَكُلْ لَيْسَ السِّنَّ وَالظُّفُرَ وسأُحَدِّثُكُمْ عَنْهُ ، أَمَّا السِّنُّ فَعَظْمٌ ، وَأَمَّا الظُّفُرُ فَمُدَىَ الحَبَشَةِ » فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الأشياء ليس فى طبعها أن تنهر الدم غالبا ؛ ومنهم من فهم من ذلك أنه شرع غير معلل ، والذين فهموا منه أنه شرع غير معلل : منهم من اعتقد أن النهى فى ذلك يدل على فساد المنهى عنه ؛ ومنهم من اعتقد أنه لايدل على فساد المنهى عنه ؛ ومنهم من اعتقد أن النهى فى ذلك على وجه الكراهة لاعلى وجه الحظر ، فمن فهم أن المعنى فى ذلك أنه لاينهر الدم غالبا قال : إذا وجد منهما ما ينهر الدم جاز ، ولذلك رأى بعضهم أن يكونا منفصلين إذ كان إنهار الدم منهما إذا كانا بهذه الصفة أمكن ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ ومن رأى أن النهى عنهما هو مشروع غير معلل وأنه يدل على فساد المنهى عنه قال : إن ذبح بهما لم تقع التذكية ، وإن أنهر الدم ؛ ومن

رأى أنه لايدل على فساد المنهى عنه قال : إن فعل وأنهر الدم أثم وحلت الذبيحة ؛ ومن رأى أن النهى على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ، ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن ، فإنه عليه الصلاة والسلام قدعلل المنع فى السن بأنه عظم ، ولا يختلف المذهب أنه يكره غير الحديد من المحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه الصلاة والسلام « إنَّ اللهَ كَتَبَ الإحْسانَ عَلى كُلِّ شَىْءٍ فإذَا قَتَلْتُمْ فأحْسِنُوا القِتْلَةَ ، وإذَا ذَبَحْتُمْ فأحسِنُوا الذَّبْحَةَ ولْيُحِدَّ أحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ ولْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ » خرجه مسلم .

الباب الرابع فى شروط الذكاة

وفى هذا الباب ثلاث مسائل : المسئلة الأولى : فى اشتراط التسمية . الثانية : فى اشتراط البسملة . الثالثة فى اشتراط النية .

(المسئلة الأولى) واختلفوا فى حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة أقوال : فقيل هى فرض على الإطلاق : وقيل بل هى فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان ؛ وقيل بل هى سنة مؤكدة ، وبالقول الأول قال أهل الظاهر وابن عمر والشعبى وابن سيرين ، وبالقول الثانى قال مالك وأبو حنيفة والثورى ، وبالقول الثالث قال الشافعى وأصحابه ، وهو مروى عن ابن عباس وأبى هريرة وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب فى ذلك للأثر . فأما الكتاب فقوله تعالى ـ ولا تأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ وإنَّهُ لَفِسْقٌ ـ . وأما السنة المعارضة لهذه الآية فما رواه مالك عن هشام عن أبيه أنه قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل : يا رسول الله إن ناسا من البادية يأتوننا بلحمان ولا ندرى أسموا الله عليها أم لا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : سَمُّوا اللهَ عَلَيْها ثُمَّ كُلُوها » فذهب مالك إلى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا الحديث كان فى أول الإسلام ولم ير ذلك الشافعى ، لأن هذا الحديث ظاهره أنه كان بالمدينة وآية التسمية مكية ، فذهب الشافعى لمكان هذا مذهب الجمع بأن حمل الأمر بالتسمية على الندب . وأما من اشترط الذكر

فى الوجوب فصيرا إلى قوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

(المسئلة الثانية) وأما استقبال القبلة بالذبيحة ، فإن قوما استحبوا ذلك ، وقوما أجازوا ذلك ، وقوما أوجبوه ، وقوما كرهوا أن لايستقبل بها القبلة ، والكراهية والمنع موجودان فى المذهب ، وهى مسئلة مسكوت عنها ، والأصل فيها الإباحة إلا أن يدل الدليل على اشتراط ذلك ، وليس فى الشرع شىء يصلح أن يكون أصلا تقاس عليه هذه المسئلة إلا أن يستعمل فيها قياس مرسل وهو القياس الذى لايستند إلى أصل مخصوص عند من أجازه أو قياس شبه بعيد وذلك أن القبلة هى جهة معظمة وهذه عبادة ، فوجب أن يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لأنه ليس كل عبادة تشترط فيها الجهة ما عدا الصلاة ، وقياس الذبح على الصلاة بعيد ، وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت .

(المسئلة الثالثة) وأما اشتراط النية فيها فقيل فى المذهب بوجوب ذلك ، ولا أذكر فيها خارج المذهب فى هذا الوقت خلافا فى ذلك ، ويشبه أن يكون فى ذلك قولان : قول بالوجوب ، وقول بترك الوجوب ، فمن أوجب قال : عبادة لاشتراط الصفة فيها والعدد ، فوجب أن يكون من شرطها النية ؛ ومن لم يوجبها قال : فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذى هو المقصود منه ، فوجب أن لاتشترط فيها النية كما يحصل من غسل النجاسة إزالة عينها .

الباب الخامس فيمن تجوز تذكيته ومن لاتجوز

والمذكور فى الشرع ثلاثة أصناف : صنف اتفق على جواز تذكيته ، وصنف اتفق على منع ذكاته ، وصنف اختلف فيه . فأما الصنف الذى اتفق على ذكاته فمن جمع خمسة شروط : الإسلام والذكورية والبلوغ والعقل وترك تضييع الصلاة . وأما الذى اتفق على منع تذكيته فالمشركون عبدة الأصنام لقوله تعالى ـ وَمَاذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ ـ ولقوله ـ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ ـ وأما الذين اختلف فيهم فأصناف كثيرة ، لكن المشهور منها عشرة : أهل الكتاب والمجوس والصابئون والمرأة والصبى والمجنون والسكران والذى يضيع الصلاة والسارق والغاصب . فأما أهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز

ذبائحهم لقوله تعالى ـ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ ـ ويختلفون فى التفصيل ، فاتفقوا على أنهم إذا لم يكونوا من نصارى بنى تغلب ولا مرتدين وذبحوا لأنفسهم وعلم أنهم سموا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم تحرم عليهم فى التوراة ولا حرموها هم على أنفسهم أنه يجوز منها ما عدا الشحم . واختلفوا فى مقابلات هذه الشروط ، أعنى إذا ذبحوا لمسلم باستنابته أو كانوا من نصارى بنى تغلب أو مرتدين ، وإذا لم يعلم أنهم سموا الله أو جهل مقصود ذبحهم أو علم أنهم سموا غير الله مما يذبحونه لكنائسهم وأعيادهم أو كانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى ـ كُلَّ ذِى ظُفُرٍ ـ أو كانت مما حرموها على أنفسهم مثل الذبائح التى تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقة إلهية ، وكذلك اختلفوا فى الشحوم . فأما إذا ذبحوا باستنابة مسلم فقيل فى المذهب عن مالك يجوز وقيل لا يجوز . وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الإسلامية فى ذلك أم لا ؟ فمن رأى أن النية شرط فى الذبيحة قال : لا تحل ذبيحة الكتابى لمسلم، لأنه لا يصح منه وجود هذه النية . ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلّب عموم الكتاب : أعنى قوله تعالى ـ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ـ قال : يجوز ، وكذلك من اعتقد أن نية المستنيب تجزى، وهو أصل قول ابن وهب .

(وأما المسئلة الثانية) وهى ذبائح نصارى بنى تغلب والمرتدين ، فإن الجمهور على أن ذبائح النصارى من العرب حكمها حكم ذبائح أهل الكتاب، وهو قول ابن عباس ؛ ومنهم من لم يجز ذبائحهم ، وهو أحد قولى الشافعى ، وهو مروى عن على رضى الله عنه . وسبب الخلاف هل يتناول العرب المتنصرين والمتهودين اسم الذين أوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الأمم المختصة بالكتاب وهم بنو إسرائيل والروم . وأما المرتد فإن الجمهور على أن ذبيحته لا تؤكل . وقال إسحاق : ذبيحته جائزة ؛ وقال الثورى : مكروهة . وسبب الخلاف هل المرتد لا يتناوله اسم أهل الكتاب إذ كان ليس له حرمة أهل الكتاب أو يتناوله ؟ .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى إذا لم يعلم أن أهل الكتاب سموا الله على الذبيحة

فقال الجمهور : تؤكل ، وهو مروى عن علي . ولست أذكر فيه فى هذا الوقت خلافا . ويتطرق إليه الاحتمال بأن يقال إن الأصل هو أن لايؤكل من تذكيتهم إلا ما كان على شروط الإسلام ؛ فإذا قيل على هذا إن التسمية من شرط التذكية وجب أن لاتؤكل ذبائحهم بالشك فى ذلك . وأما إذا علم أنهم ذبحوا ذلك لأعيادهم وكنائسهم فإن من العلماء من كرهه . وهو قول مالك؛ ومنهم من أباحه ، وهو قول أشهب ؛ ومنهم من حرّمه . وهو الشافعى . وسبب اختلافهم تعارض عمومى الكتاب فى هذا الباب . وذلك أن قوله تعالى ـ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ـ يحتمل أن يكون مخصصا لقوله تعالى ـ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ ـ ويحتمل أن يكون قوله تعالى ـ وما أهل به لغير الله ـ مخصصا لقوله تعالى ـ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ـ إذ كان كل واحد منهما يصح أن يستثنى من الآخر . فمن جعل قوله تعالى وما أهل به لغير الله مخصصا لقوله تعالى ـ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ـ قال: لايجوز ما أهل به للكنائس والأعياد ؛ ومن عكس الأمر قال : يجوز . وأما إذا كانت الذبيحة مما حرمت عليهم ،فقيل يجوز ؛ وقيل لايجوز ،وقيل بالفرق بين أن تكون محرمة عليهم بالتوراة أو من قبل أنفسهم ، أعنى بإباحة ما ذبحوا مما حرّموا على أنفسهم ومنع ما حرم الله عليهم ؛ وقيل يكره ولا يمنع . والأقاويل الأربعة موجودة فى المذهب : المنع عن ابن القاسم ، والإباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم ؛ والتفرقة عن أشهب . وأصل الاختلاف معارضة عموم الآية لاشتراط نية الذكاة : أعنى اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية ؛ فمن قال ذلك شرط فى التذكية قال لاتجوز هذه الذبائح لأنهم لايعتقدون تحليلها بالتذكية ؛ ومن قال ليس بشرط فيها وتمسك بعموم الآية المحللة قال : تجوز هذه الذبائح . وهذا بعينه هو سبب اختلافهم فى أكل الشحوم من ذبائحهم ، ولم يخالف فى ذلك أحد غير مالك وأصحابه ؛ فمنهم من قال : إن الشحوم محرمة وهو قول أشهب ؛ ومنهم من قال مكروهة ، والقولان عن مالك ؛ ومنهم من قال مباحة . ويدخل فى الشحوم سبب آخر من أسباب الخلاف سوى معارضة العموم لاشتراط اعتقاد تحليل الذبيحة بالذكاة ، وهو هل تتبعض التذكية أو لاتتبعض ؟ فمن قال تتبعض قال : لاتؤكل الشحوم ؛ ومن قال لاتتبعض

قال : يؤكل الشحم . ويدل على تحليل شحوم ذبائحهم حديث عبد الله بن مغفل إذ أصاب جراب الشحم يوم خيبر ، وقد تقدم فى كتاب الجهاد . ومن فرق بين ما حرم عليهم من ذلك فى أصل شرعهم وبين ما حرموا على أنفسهم قال : ما حرم عليهم هو أمر حق فلا تعمل فيه الذكاة ، وما حرموا على أنفسهم هو أمر باطل فتعمل فيه التذكية . قال القاضى : والحق أن ما حرم عليهم أو حرموا على أنفسهم هو فى وقت شريعة الإسلام أمر باطل إذ كانت ناسخة لجميع الشرائع ، فيجب أن لايراعى اعتقادهم فى ذلك ، ولا يشترط أيضا أن يكون اعتقادهم فى تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شريعتهم لأنه لو اشترط ذلك لما جاز أكل ذبائحهم بوجه من الوجوه ، لكون اعتقاد شريعتهم فى ذلك منسوخا . واعتقاد شريعتنا لايصح منهم ، وإنما هذا حكم خصهم الله تعالى به ، فذبائحهم والله أعلم جائزة لنا على الإطلاق وإلا ارتفع حكم آية التحليل جملة ، فتأمل هذا فإنه بين والله أعلم . وأما المجوس فإن الجمهور على أنه لاتجوز ذبائحهم لأنهم مشركون ، وتمسك قوم فى إجازتها بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أهْلِ الكِتابِ » . وأما الصابئون فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم فى هل هم من أهل الكتاب أم ليسوا من أهل الكتاب . وأما المرأة والصبى فإن الجمهور على أن ذبائحهم جائزة غير مكروهة . وهو مذهب مالك ، وكره ذلك أبو المصعب . والسبب فى اختلافهم: نقصان المرأة والصبى ، وإنما لم يختلف الجمهور فى المرأة لحديث معاذ بن سعيد « أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى بسلع فأضيبت شاة فأدركتها فذكتها بحجر . فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : لابأْسَ بِها فَكُلُوها » وهو حديث صحيح . وأما المجنون والسكران فإن مالكا لم يجز ذبيحتهما . وأجاز ذلك الشافعى . وسبب الخلاف اشتراط النية فى الذكاة ، فمن اشترط النية منع ذلك إذ لايصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ[1] . وأما جواز تذكية السارق والغاصب ، فإن الجمهور على جواز ذلك ؛ ومنهم من منع ذلك ورأى أنها ميتة ، وبه قال داود وإسحاق بن راهويه . وسبب اختلافهم هل النهى يدل على فساد المنهى عنه أو لايدل ؟ فمن قال يدل قال : السارق والغاصب منهى عن ذكاتها وتناولها وتملكها ، فإذا كان ذكاها فسدت

(١) الملتخ : الملطخ ، قاموس .

التذكية ؛ ومن قال لايدل إلا إذا كان المنهى عنه شرطا من شروط ذلك الفعل قال : تذكيتهم جائزة لأنه ليس صحة الملك شرطا من شروط التذكية . وفى موطأ ابن وهب « أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم ير بها بأسا » وقد جاء إباحة ذلك مع الكراهية فيما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام فى الشاة التى ذبحت بغير إذن ربها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أطْعِمُوها الأسارَى » وهذا القدر كاف فى أصول هذا الكتاب والله أعلم .

كتاب الصيد

وهذا الكتاب فى أصوله أيضا أربعة أبواب : الباب الأول : فى حكم الصيد وفى محل الصيد . الثانى : فيما به يكون الصيد . الثالث : فى صفة ذكاة الصيد والشرائط المشترطة فى عمل الذكاة فى الصيد . الرابع : فيمن يجوز صيده .

الباب الأول فى حكم الصيد ومحله

فأما حكم الصيد فالجمهور على أنه مباح لقوله تعالى - أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ البَحْرِ وَطَعامُهُ مَتاعا لَكُمْ ولِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ البَرِّ ما دُمْتُمْ حُرُما - ثم قال - وإذَا حَلَلْتُمْ فاصطادُوا - واتفق العلماء على أن الأمر بالصيد فى هذه الآية بعد النهى يدل على الإباحة كما اتفقوا على ذلك فى قوله تعالى - فإذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فانْتَشِرُوا فى الأرْضِ وابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللهِ - أعنى أن المقصود به الإباحة لوقوع الأمر به بعد النهى وإن كان اختلفوا هل الأمر بعد النهى يقتضى الإباحة أو لايقتضيه وإنما يقتضى على أصله الوجوب ؛ وكره مالك الصيد الذى يقصد به السرف ، وللمتأخرين من أصحابه فيه تفصيل محصول قولهم فيه إن منه ماهو فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم حرام ، وفى حق بعضهم مندوب ، وفى حق بعضهم مكروه ؛ وهذا النظر فى الشرع تغلغل فى القياس وبعد عن الأصول المنطوق بها فى الشرع ، فليس يليق بكتابنا هذا إذ كان قصدنا فيه إنما هو ذكر المنطوق به من الشرع أو ما كان قريبا من المنطوق به . وأما محل الصيد فإنهم أجمعوا

على أن محله من الحيوان البحرى وهو السمك وأصنافه ، ومن الحيوان البرى الحلال الأكل الغير مستأنس . واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المستأنس فلم يقدر على أخذه ولا ذبحه أونحره ، فقال مالك: لايؤكل إلا أن ينحر ، من ذلك ما ذكاته النحر ، ويذبح ما ذكاته الذبح ، أو يفعل به أحدهما إن كان مما يجوز فيه الأمران جميعا . وقال أبو حنيفة والشافعى : إذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد فانه يقتل كالصيد . وسبب اختلافهم معارضة الأصل فى ذلك للخبر ، وذلك أن الأصل فى هذا الباب هو أن الحيوان الإنسى لايؤكل إلا بالذبح أو النحر ، وأن الوحشى يؤكل بالعقر . وأما الخبر المعارض لهذه الأصول ، فحديث رافع بن خديج وفيه قال « فندَّ منها بعير وكان فى القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم ، فأهوى إليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى به ، فقال النبى عليه الصلاة والسلام : « إنَّ لِهَذِهِ البَهَائِمِ أوَابِدَ كأوَابِدِ الوَحْشِ فَمَا نَدَّ عَلَيْكُمْ فاصْنَعُوا بِهِ هَكَذَا » والقول بهذا الحديث أولى لصحته ، لأنه لاينبغى أن يكون هذا مستثنى من ذلك الأصل مع أن لقائل أن يقول إنه جارمجرى الأصل فى هذا الباب ، وذلك أن العلة فى كون العقر ذكاة فى بعض الحيوان ليس شيئا أكثر من عدم القدرة عليه ، لالأنه وحشى فقط ، فإذا وجد هذا المعنى من الإنسى جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشى ، فيتفق القياس والسماع .

الباب الثانى فيما يكون به الصيد

والأصل فى هذا الباب آيتان وحديثان : الآية الأولى قوله تعالى - يا أيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللهُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّيْدِ تَنالُهُ أيْدِيكُمْ وَرِماحُكُمْ - . والثانية قوله تعالى - قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّباتُ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ - الآية . وأما الحديثان : فأحدهما حديث عدى بن حاتم ، وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له « إذَا أرْسَلْتَ كِلابَكَ المُعَلَّمَةَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللهِ عَلَيْهَا فَكُلْ مِمَّا أمْسَكْنَ عَلَيْكَ ، وإنْ أكَلَ الكَلْبُ فَلا تأْكُلْ فإنِى أخافُ أنْ يَكُونَ إنما

أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ . وإنْ خالَطَهَا كلابٌ غَيْرُها فَلا تأْكُلْ فإنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَى كَلْبِكَ وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى غَيْرِهِ » وسأله عن المعراض فقال « إذَا أصَابَ بِعَرْضِهِ فَلا تَأْكُلْ فإنَّهُ وَقِيذٌ » وهذا الحديث هو أصل في أكثر ما في هذا الكتاب . والحديث الثانى حديث أبى ثعلبة الخشنى . وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام « ما أَصَبْتَ بِقَوْسِكَ فَسَمِّ اللهَ ثُمَّ كُلْ . وَمَا صِدْتَ بِكَلْبِكَ المُعَلَّمِ فاذْكُرِ اسم اللهِ ثُمَّ كُلْ . وَمَا صِدْتَ بِكَلْبِكَ الَّذِى لَيْسَ بِمُعَلَّمٍ وأَدْرَكْتَ ذَكَاتَهُ فَكُلْ » وهذان الحديثان اتفق أهل الصحيح على إخراجهما . والآلات التى يصاد بها منها ما اتفقوا عليها بالجملة . ومنها ما اختلفوا فيها وفى صفاتها . وهى ثلاث : حيوان جارح ومحدد ومثقل . فأما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها فى الكتاب والسنة . وكذلك بما جرى مجراها مما يعقر ما عدا الأشياء التى اختلفوا فى عملها فى ذكاة الحيوان الإنسى وهى السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم فى ذلك فلا معنى لإعادته . وأما المثقل فاختلفوا فى الصيد به مثل الصيد بالمعراض والحجر. فمن العلماء من لم يجز من ذلك إلا ما أدركت ذكاته ، ومنهم من أجازه على الإطلاق ، ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض أو الحجر بثقله أو بحده إذا خرق جسد الصيد فأجازه إذا خرق ولم يجزه إذا لم يخرق . وبهذا القول قال مشاهير الفقهاء الأمصار الشافعى ومالك وأبو حنيفة وأحمد والثورى وغيرهم . وهو راجع إلى أنه لاذكاة إلا بمحدد . وسبب اختلافهم معارضة الأصول فى هذا الباب بعضها بعضا . ومعارضة الأثر لها . وذلك أن من الأصول فى هذا الباب أن الوقيذ محرم بالكتاب والإجماع . ومن أصوله أن العقر ذكاة الصيد ، فمن رأى أن ما قتل المعراض وقيذ منعه على الإطلاق ، ومن رآه عقرا مختصا بالصيد وأن الوقيذ غير معتبر فيه أجازه على الإطلاق ، ومن فرق بين ما خرق من ذلك أو لم يخرق فمصيرا إلى حديث عدى ابن حاتم المتقدم وهو الصواب . وأما الحيوان الجارح فالاتفاق والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط . ومنه ما يتعلق بالشرط . فأما النوع الذى اتفقوا عليه فهو الكلاب ما عدا الكلب الأسود . فإنه كرهه قوم منهم الحسن البصرى

وإبراهيم النخعى وقتادة ؛ وقال أحمد : ما أعرف أحدا يرخص فيه إذا كان بهيما . وبه قال إسحاق . وأما الجمهور فعلى إجازة صيده إذا كان معلما . وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم . وذلك أن عموم قوله تعالى - وما علّمتم من الجوارح مكلبين - يقتضى تسوية جميع الكلاب فى ذلك « وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الأسود البهيم » يقتضى فى ذلك القياس أن لايجوز اصطياده على رأى من رأى أن النهى يدل على فساد المنهى عنه . وأما الذى اختلفوا فيه من أنواع الجوارح فيما عدا الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية : فمنهم من أجاز جميعها إذا علّمت حتى السنور كما قال ابن شعبان ، وهومذهب مالك وأصحابه . وبه قال فقهاء الأمصار وهو مروى عن ابن عباس ؛ أعنى أن ماقبل التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد : وقال قوم : لااصطياد بجارح ما عدا الكلب لاباز ولا صقر ولا غير ذلك إلا ما أدركت ذكاته . وهو قول مجاهد : واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازى فقط فقال : يجوز صيده وحده . وسبب اختلافهم فى هذا الباب شيئان : أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب . وذلك أنه قد يظن أن النص إنما ورد فى الكلاب . أعنى قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح مكلبين - إلا أن يتأول أن لفظة مكلبين مشتقة من كلب الجارح لامن لفظ الكلب . ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذى فى الآية . فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذى فى لفظة مكلبين . والسبب الثانى هل من شرط الإمساك الإمساك على صاحبه أم لا ؟ وإن كان من شرطه فهل يوجد فى غير الكلب أو لايوجد ؟ فمن قال لايقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكلبين هى مشتقة من اسم الكلب لامن اسم غير الكلب أو أنه لايوجد الإمساك إلا فى الكلب :أعنى على صاحبه وأن ذلك شرط قال : لايصاد بجارح سوى الكلب ؛ ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط فى الإمساك الإمساك على صاحبه قال : يجوز صيد سائر الجوارح إذا قبلت التعليم . وأما من استثنى من ذلك البازى فقط فصيرا إلى ما روى عن عدى بن حاتم أنه قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازى فقال : ما أمْسَكَ عَلَيْكَ فَكُلْ » خرجه الترمذى فهذه هى أسباب اتفاقهم واختلافهم فى أنواع الجوارح . وأما الشروط المشترطة

فى الجوارح فإن منها ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى ـ وما علمتم من الجوارح مكلبين ـ وقوله عليه الصلاة والسلام« إذا أرسلت كلبك المعلم ». واختلفوا فى صفة التعليم وشروطه ، فقال قوم : التعليم ثلاثة أصناف : أحدها أن تدعو الجارح فيجيب . والثانى أن تشليه فينشلى . والثالث أن تزجره فيزدجر . ولا خلاف بينهم فى اشتراط هذه الثلاثة فى الكلب ، وإنما اختلفوا فى اشتراط الانزجار فى سائر الجوارح . فاختلفوا أيضا فى هل من شرطه أن لايأكل الجارح ؟ فمنهم من اشترطه على الإطلاق ؛ ومنهم من اشترطه فى الكلب فقط ؛ وقول مالك : إن هذه الشروط الثلاثة شرط فى الكلاب وغيرها ؛ وقال ابن حبيب من أصحابه : ليس يشترط الانزجار فيما ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور . وهو مذهب مالك ، أعنى أنه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره أن لايأكل ، واشترطه بعضهم فى الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور ؛ ومنهم من اشترطه كما قلنا فى الكل ؛ والجمهور على جواز أكل صيد البازى والصقر وإن أكل،لأن تضريته إنما تكون بالأكل. فالخلاف فى هذا الباب راجع إلى موضعين : أحدهما هل من شرط التعليم أن ينزجر إذا زجر ؟ والثانى هل من شرطه ألا يأكل ؟. وسبب الخلاف فى اشتراط الأكل أو عدمه شيئان : أحدهما اختلاف الآثار فى ذلك . والثانى هل إذا أكل فهو ممسك أم لا ؟ فأما الآثار فمنها حديث عدى بن حاتم المتقدم وفيه « فإن أكل فلا تأكل فإنى أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه » والحديث المعارض لهذا حديث أبى ثعلبة الخشنى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذَا أرْسَلْتَ كَلْبَكَ المُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللهِ فَكُلْ ، قلت : وإن أكل منه يا رسول الله ؟ قال : وإنْ أكَلَ » فمن جمع بين الحديثين بأن حمل حديث عدى بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال : ليس من شرطه ألا يأكل؛ ومن رجح حديث عدى بن حاتم إذ هو حديث متفق عليه وحديث أبى ثعلبة مختلف فيه ، ولذلك لم يخرّجه الشيخان البخارى ومسلم وقال من شرط الإمساك أن لايأكل بدليل الحديث المذكور قال : إن أكل الصيد لم يؤكل ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وإسحق والثورى ، وهو قول ابن عباس ، ورخص فى أكل ما أكل الكلب كما قلنا مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسليمان . وقالت

المالكية المتأخرة إنه ليس الأكل بدليل على أنه لم يمسك لسيده ولا الإمساك لسيده بشرط فى الذكاة ، لأن نية الكلب غير معلومة ، وقد يمسك لسيده ثم يبدو له فيمسك لنفسه ، وهذا الذى قالوه خلاف النص فى الحديث وخلاف ظاهر الكتاب ، وهو قوله تعالى ـ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُم ـ وللإمساك على سيد الكلب طريق تعرف به ، وهو العادة ، ولذلك قال عليه الصلاة والسلام « فإن أكل فلا تأكل فإنى أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه» . وأما اختلافهم فى الازدجار فليس له سبب إلا اختلافهم فى قياس سائر الجوارح فى ذلك على الكلب ، لأن الكلب الذى لايزدجر لايسمى معلما باتفاق ، فأما سائر الجوارح إذا لم تنزجر هل تسمى معلمة أم لا ؟ ففيه التردد وهو سبب الخلاف .

الباب الثالث فى معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها

واتفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هى العقر . واختلفوا فى شروطها اختلافا كثيرا . وإذا اعتبرت أصولها التى هى أسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة فى الآلة وفى الصائد وجدتها ثمانية شروط : اثنان يشتركان فى الذكاتين أعنى ذكاة المصيد وغير المصيد وهى النية والتسمية . وستة تختص بهذه الذكاة: أحدها أنها لم تكن الآلة أو الجارح الذى أصاب الصيد قد أنفذ مقاتله فإنه يجب أن يذكى بذكاة الحيوان الإنسى إذا قدر عليه قبل أن يموت مما أصابه من الجارح أو من الضرب . وأما إن كان قد أنفذ مقاتله فليس يجب ذلك وإن كان قد يستحب . والثانى أن يكون الفعل الذى أصيب به الصيد مبدؤه من الصائد لامن غيره : أعنى لامن الآلة كالحال فى الحبالة ، ولا من الجارح كالحال فيما يصيب الكلب الذى ينشلى من ذاته . والثالث أن لايشاركه فى العقر من ليس عقره ذكاة . والرابع أن لايشك فى عين الصيد الذى أصابه وذلك عند غيبته عن عينه . والخامس أن لايكون الصيد مقدورا عليه فى وقت الإرسال عليه . والسادس أن لايكون موته من رعب من الجارح أو بصدمة منه . فهذه هى أصول الشروط التى من قبل اشتراطها أو لااشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء . وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط . ويختلفون فى وجودها

فى نازلة نازلة ، كاتفاق المالكية على أن من شرط الفعل أن يكون مبدؤه من الصائد ، واختلافهم إذا أفلت الجارح من يده أو خرج بنفسه، ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا لتردد هذه الحال بين أن يوجد لها هذا الشرط أولا يوجد كاتفاق أبى حنيفة ومالك على أن من شرطه إذا أدرك غير منفوذ المقاتل أن يذكى إذا قدر عليه قبل أن يموت . واختلافهم بين أن يخلصه حيا فيموت فى يده قبل أن يتمكن من ذكاته : فإن أباحنيفة منع هذا وأجازه مالك ورآه مثل الأول؛ أعنى إذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى مات لتردد هذه الحال بين أن يقال أدركه غير منفوذ المقاتل وفى غير يد الجارح فأشبه المفرط أو لم يشبهه فلم يقع منه تفريط . وإذا كانت هذه الشروط هى أصول الشروط المشترطة فى الصيد مع سائر الشروط المذكورة فى الآلة والصائد نفسه على ما سيأتى يجب أن يذكر منها ما اتفقوا منه عليه وما اختلفوا فيه ، وأسباب الخلاف فى ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم . فنقول : أما التسمية والنية فقد تقدم الخلاف فيهما وسببه فى كتاب الذبائح . ومن قبل اشتراط النية فى الذكاة لم يجز عند من اشترطها إذا أرسل الجارح على صيد وأخذ آخر ذكاة ذلك الصيد لم يرسل عليه ، وبه قال مالك ؛ وقال الشافعى : وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور : ذلك جائز ويؤكل ؛ ومن قبل هذا أيضا اختلف أصحاب مالك فى الإرسال على صيد غير مرئى ، كالذى يرسل على ما فى غيضة أو من وراء أكمة ولا يدرى هل هنالك شىء أم لا ؟ لأن القصد فى هذا يشوبه شىء من الجهل . وأما الشرط الأول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التى ذكرناها وهو أن عقر الجارح له إذا لم ينفذ مقاتله . إنما يكون إذا لم يدركه المرسل حيا ، فباشتراطه قال جمهور العلماء لما جاء فى حديث عدى بن حاتم فى بعض رواياته أنه قال عليه الصلاة والسلام « وإنْ أدْرَكْتَهُ حَيا فاذْبحْهُ » وكان النخعى يقول : إذا أدركته حيا ولم يكن معك حديدة فأرسل عليه الكلاب حتى تقتله ، وبه قال الحسن البصرى مصيرا لعموم قوله تعالى - فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ - ومن قبل هذا الشرط قال مالك : لايتوانى المرسل فى طلب الصيد ، فإن توانى فأدركه ميتا ، فإن كان منفوذ المقاتل بسهم حل

أكله وإلا لم يحل من أجل أنه لولم يتوان لكان يمكن أن يدركه حيا غير منفوذ المقاتل . وأما الشرط الثانى وهو أن يكون الفعل مبدؤه من القانص ويكون متصلا حتى يصيب الصيد ، فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما تصيبه الحبالة والشبكة إذا أنفذت المقاتل بمحدّد فيها ، فمنع ذلك مالك والشافعى والجمهور ، ورخص فيه الحسن البصرى ؛ ومن هذا الأصل لم يجز مالك الصيد الذى أرسل عليه الجارح فتشاغل بشىء آخر ثم عاد إليه من قبل نفسه . وأما الشرط الثالث وهو أن لايشاركه فى العقر من ليس عقره ذكاة له ، فهو شرط مجمع عليه فيما أذكر ، لأنه لايدرى من قتله . وأما الشرط الرابع وهو أن لايشك فى عين الصيد ولا فى قتل جارحة له ، فمن قبل ذلك اختلفوا فى أكل الصيد إذا غاب مصرعه ، فقال مالك مرة : لابأس بأكل الصيد إذا غاب عنك مصرعه إذا وجدت به أثرا من كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت ، فإذا بات فإنى أكرهه . وبالكراهية قال الثورى ؛ وقال عبد الوهاب : إذا بات الصيد من الجارح لم يؤكل ، وفى السهم خلاف ؛ وقال ابن الماجشون : يؤكل فيهما جميعا إذا وجد منفوذ المقاتل ؛ وقال مالك فى المدونة : لايؤكل فيهما جميعا إذا بات وإن وجد منفوذ المقاتل ؛ وقال الشافعى : القياس أن لاتأكله إذا غاب عنك مصرعه ؛ وقال أبوحنيفة : إذا توارى الصيد والكلب فى طلبه فوجده المرسل مقتولا جاز أكله ما لم يترك الكلب الطلب ، فإن تركه كرهنا أكله . وسبب اختلافهم شيئان اثنان : الشك العارض فى عين الصيد أو فى ذكاته . والسبب الثانى اختلاف الآثار فى هذا الباب ، فروى مسلم والنسائى والترمذى وأبو داود عن أبى ثعلبة عن النبى عليه الصلاة والسلام فى الذى يدرك صيده بعد ثلاث فقال «كُلْ ما لَمْ يُنْتِنْ» وروى مسلم عن أبى ثعلبة أيضا عن النبى عليه الصلاة والسلام قال « إذا رَمَيْتَ سَهْمَكَ فَغَابَ عَنْكَ مَصْرَعُهُ فَكُلْ ما لَمْ يَبِتْ » وفى حديث عدى بن حاتم أنه قال عليه الصلاة والسلام « إذَا وَجَدْتَ سَهْمَكَ فِيهِ وَلَمْ تَجِدْ فِيهِ أَثَرَ سَبُعٍ وَعَلِمْتَ أن سَهْمَكَ قَتَلَهُ فَكُلْ » . ومن هذا الباب اختلافهم فى الصيد يصاد بالسهم أو يصيبه الجارح فيسقط فى ماء أو يتردى من مكان عال ، فقال مالك : لايؤكل لأنه

لايدرى من أىّ الأمرين مات ، إلا أن يكون السهم قد أنفذ مقاتله ولا يشك أن منه مات ، وبه قال الجمهور ؛ وقال أبوحنيفة : لايؤكل إن وقع فى ماء منفوذ المقاتل ، ويؤكل إن تردى . وقال عطاء : لايؤكل أصلا إذا أصيبت المقاتل وقع فى ماء أو تردّى من موضع عال لإمكان أن يكون زهوق نفسه من قبل التردى أو من الماء قبل زهوقها من قبل إنفاذ المقاتل . وأما موته من صدم الجارح له ، فإن ابن القاسم منعه قياسا على المثقل ، وأجازه أشهب لعموم قوله تعالى - فكلوا مما أمسكن عليكم - ولم يختلف المذهب أن ما مات من خوف الجارح أنه غير مذكى . وأما كونه فى حين الإرسال غير مقدور عليه ، فإنه شرط فيما علمت متفق عليه . وذلك يوجد إذا كان الصيد مقدورا على أخذه باليد دون خوف أو غرر . إما من قبل أنه قد نشب فى شىء أو تعلق بشىء أو رماه أحد فكسر جناحه أو ساقه ، وفى هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الأحوال بين أن يوصف فيها الصيد بأنه مقدور عليه أو غير مقدور عليه ، مثل أن تضطره الكلاب فيقع فى حفرة ، فقيل فى المذهب يؤكل ، وقيل لايؤكل . واختلفوا فى صفة العقر إذا ضرب الصيد فأبين منه عضو ، فقال قوم : يؤكل الصيد ما بان منه ؛ وقال قوم : يؤكلان جميعا ؛ وفرق قوم بين أن يكون ذلك العضو مقتلا أو غير مقتل ، فقالوا : إن كان مقتلا أكلا جميعا ، وإن كان غير مقتل أكل الصيد ولم يؤكل العضو ، وهو معنى قول مالك : وإلى هذا يرجع خلافهم فى أن يكون القطع بنصفين أو يكون أحدهما أكبر من الثانى . وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه الصلاة والسلام « ما قُطِعَ مِنَ البَهِيمَةِ وَهِىَ حَيَّةٌ فَهُوَ مَيْتَةٌ » لعموم قوله تعالى - فكلوا مما أمسكن عليكم - ولعموم قوله تعالى - تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ - فمن غلّب حكم الصيد وهو العقر مطلقا قال : يؤكل الصيد والعضو المقطوع من الصيد ، وحمل الحديث على الإنسى ؛ ومن حمله على الوحشى والإنسى معا واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع فقال : يؤكل الصيد دون العضو البائن ، ومن اعتبر فى ذلك الحياة المستقرة ، أعنى فى قوله وهى حية فرّق بين أن يكون العضو مقتلا أو غير مقتل .

الباب الرابع فى شروط القانص

وشروط القانص هى شروط الذابح نفسه، وقد تقدم ذلك فى كتاب الذبائح المتفق عليها والمختلف فيها، ويخص الاصطياد فى البر شرط زائد وهو أن لايكون محرما، ولا خلاف فى ذلك لقوله تعالى ـ وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ـ فإن اصطاد محرم فهل يحل ذلك الصيد للحلال أم هو ميتة لايحل لأحد أصلا ؟ اختلف فيه الفقهاء ، فذهب مالك إلى أنه ميتة ، وذهب الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور إلى أنه يجوز لغير المحرم أكله . وسبب اختلافهم هو الأصل المشهور وهو هل النهى يعود بفساد المنهى أم لا ؟ وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب . واختلفوا من هذا الباب فى كلب المجوسى المعلم ، فقال مالك : الاصطياد به جائز ، فإن المعتبر الصائد لا الآلة ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وغيرهم ؛ وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثورى ، لأن الخطاب فى قوله تعالى ـ وما علمتم من الجوارح مكلبين ـ متوجه نحو المؤمنين ، وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب ، والله الموفق للصواب .

كتاب العقيقة

والقول المحيط بأصول هذا الكتاب ينحصر فى ستة أبواب : الأول : فى معرفة حكمها . الثانى : فى معرفة محلها . الثالث : فى معرفة من يعق عنه وكم يعق . الرابع : فى معرفة وقت هذا النسك . الخامس : فى سن هذا النسك وصفته . السادس : حكم لحمها وسائر أجزائها .

فأما حكمها ؛ فذهبت طائفة منهم الظاهرية إلى أنها واجبة ، وذهب الجمهور إلى أنها سنة ، وذهب أبو حنيفة إلى أنها ليست فرضا ولا سنة ؛ وقد قيل إن تحصيل مذهبه أنها عنده تطوّع . وسبب اختلافهم تعارض مفهوم الآثار فى هذا الباب ، وذلك أن ظاهر حديث سمرة وهو قول النبى عليه الصلاة والسلام « كُلُّ غُلَامٍ مُرْتَهِنٌ بِعَقِيقَتِهِ تُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ وَيُمَاطُ عَنْهُ الأَذَى » يقتضى الوجوب ، وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام

وقد سئل عن العقيقة فقال « لاأُحِبُّ العُقُوقَ وَمَنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ فأَحَبَّ أن يَنْسُكَ عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ » يقتضى الندب أو الإباحة ، فمن فهم منه الندب قال : العقيقة سنة ؛ ومن فهم الإباحة قال : ليست بسنة ولا فرض. وخرّج الحديثين أبو داود ؛ ومن أخذ بحديث سمرة أوجبها .

وأما محلها فإن جمهور العلماء على أنه لايجوز فى العقيقة إلا ما يجوز فى الضحايا من الأزواج الثمانية . وأما مالك فاختار فيها الضأن على مذهبه فى الضحايا ؛ واختلف قوله هل يجزى فيها الإبل والبقر أو لايجزى؟ وسائر الفقهاء على أصلهم أن الإبل أفضل من البقر والبقر أفضل من الغنم . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب والقياس . أما الأثر فحديث ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عقّ عن الحسن والحسين كبشا كبشا » وقوله « عَنِ الجاريَةِ شاةٌ وَعَنِ الغُلامِ شاتانِ » خرّجهما أبو داود . وأما القياس فلأنها نسك ، فوجب أن يكون الأعظم فيها أفضل قياسا على الهدايا .

وأما من يعق عنه ، فإن جمهورهم على أنه يعق عن الذكر والأنثى الصغيرين فقط ؛ وشذ الحسن فقال : لايعق عن الجارية ؛ وأجاز بعضهم أن يعق عن الكبير . ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام « يوم سابعه » . ودليل من خالف ما روى عن أنس « أن النبى عليه الصلاة والسلام عق عن نفسه بعد ما بعث بالنبوة » ودليلهم أيضا على تعلقها بالأنثى قوله عليه الصلاة والسلام « عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان » . ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة والسلام « كل غلام مرتهن بعقيقته » . وأما العدد فإن الفقهاء اختلفوا أيضا فى ذلك ، فقال مالك : يعق عن الذكر والأنثى بشاة شاة ؛ وقال الشافعى وأبو ثور وأبو داود وأحمد : يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان . وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب . فمنها حديث أم كرز الكعبية خرجه أبو داود قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى العقيقة « عَنِ الغُلامِ شاتانِ مُكافأتانِ ، وَعَنِ الجاريَةِ شاةٌ » والمكافأتان : المتماثلتان . وهذا يقتضى الفرق فى ذلك بين الذكر والأنثى ، وما روى « أنه عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا » يقتضى الاستواء بينهما .

وأما وقت هذا النسك فإن جمهور العلماء على أنه يوم سابع المولود ومالك لايعدّ فى الأسبوع اليوم الذى ولد فيه إن ولد نهارا ، وعبد الملك بن الماجشون يحتسب به . وقال ابن القاسم فى العتبية : إن عق ليلا لم يجزه . واختلف أصحاب مالك فى مبدإ وقت الإجزاء ، فقيل وقت الضحايا : أعنى ضحى ؛ وقيل بعد الفجر قياسا على قول مالك فى الهدايا ، ولا شك أن من أجاز الضحايا ليلا أجاز هذه ليلا ؛ وقد قيل يجوز فى السابع الثانى والثالث .

وأما سنّ هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها الجائزة ، أعنى أنه يتقى فيها من العيوب ما يتقى فى الضحايا ، ولا أعلم فى هذا خلافا فى المذهب ولا خارجا منه .

وأما حكم لحمها وجلدها وسائر أجزائها فحكم لحم الضحايا فى الأكل والصدقة ومنع البيع ، وجميع العلماء على أنه كان يدمى رأس الطفل فى الجاهلية بدمها وأنه نسخ فى الإسلام ، وذلك لحديث بريدة الأسلمى قال «كنا فى الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام ذبح له شاة ولطخ رأسه بدمها ، فلما جاء الإسلام كنا نذبح ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران » وشذ الحسن وقتادة فقالا : يمس رأس الصبى بقطنة قد غمست فى الدم واستحب كسر عظامها لما كانوا فى الجاهلية يقطعونها من المفاصل . واختلف فى حلاق رأس المولود يوم السابع ، والصدقة بوزن شعره فضة ، فقيل هو مستحب ، وقيل هو غير مستحب ، والقولان عن مالك ، والاستحباب أجود ، وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك فى الموطأ « أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلقت شعر الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم ، وتصدقت بزنة ذلك فضة » .

كتاب الأطعمة والأشربة

والكلام فى أصول هذا الكتاب يتعلق بجملتين : الجملة الأولى : نذكر فيها المحرمات فى حال الاختيار . الجملة الثانية : نذكر فيها أحوالها فى حال الاضطرار :

(الجملة الأولى) والأغذية الإنسانية نبات وحيوان : فأما الحيوان الذى يغتذى به ، فمنه حلال فى الشرع ، ومنه حرام ، وهذا منه برّى ومنه بحرى .

والمحرمة منها ما تكون محرمة لعينها ، ومنها ما تكون لسبب وارد عليها . وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ، ومنها ما اختلفوا فيه . فأما المحرمة لسبب وارد عليها فهى بالجملة تسعة : الميتة ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة وما أكل السبع . وكل ما نقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذى التذكية شرط فى أكله ، والجلالة ، والطعام الحلال يخالطه نجس . فأما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر ، واختلفوا فى ميتة البحر على ثلاثة أقوال: فقال قوم : هى حلال بإطلاق ؛ وقال قوم : هى حرام بإطلاق؛ وقال قوم : ما طفا من السمك حرام ، وما جزر عنه البحر فهو حلال . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب ، ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية ، وموافقته لبعضها موافقة جزئية ، ومعارضة بعضها لبعض معارضة جزئية . فأما العموم فهو قوله تعالى ـ حرمت عليكم الميتة ـ . وأما الآثار المعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان : الواحد متفق عليه . والآخر مختلف فيه . أما المتفق عليه فحديث جابر . وفيه « إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتا يسمى العنبر ، أو دابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منه بضعة وعشرين يوما أو شهرا ، ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه فقال : هَلْ مَعَكُمْ مِنْ لَحْمِهِ شَيْءٌ : فأرسلوا منه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكله » وهذا إنما يعارض الكتاب معارضة كلية بمفهومه لا بلفظه : وأما الحديث الثانى المختلف فيه ، فما رواه مالك عن أبى هريرة « أنه سئل عن ماء البحر فقال : هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ الحِلُّ مَيْتَتُهُ » . وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فما روى إسماعيل بن أمية عن أبى الزبير عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام قال « ما أَلْقَى البَحْرُ أَوْ جَزَرَ عَنْهُ فَكُلُوهُ ، وَمَا طَفَا فَلَا تَأْكُلُوهُ » وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك . وسبب ضعف حديث مالك أن فى رواته من لا يعرف ، وأنه ورد من طريق واحد ، قال أبو عمر بن عبد البر : بل رواته معروفون وقد ورد من طرق . وسبب ضعف حديث جابر أن الثقات أوقفوه على جابر ؛ فمن رجح حديث جابر هذا على حديث أبى هريرة لشهادة عموم الكتاب له لم يستثن من ذلك إلا

ما جزر عنه البحر إذ لم يرد فى ذلك تعارض ؛ ومن رجح حديث أبى هريرة قال بالإباحة مطلقا . وأما من قال بالمنع مطلقا فصيرا إلى ترجيح عموم الكتاب ، وبالإباحة مطلقا قال مالك والشافعى ، وبالمنع مطلقاً قال أبو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق . وأما الخمسة التى ذكر الله مع الميتة فلا خلاف أن حكمها عندهم حكم الميتة . وأما الجلاّلة وهى التى تأكل النجاسة فاختلفوا فى أكلها . وسببه اختلافهم معارضة القياس للأثر . أما الأثر فما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلاّلة وألبانها » خرجه أبو داود عن ابن عمر . وأما القياس المعارض لهذا ، فهو أن ما يرد جوف الحيوان ينقلب إلى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه ، فإذا قلنا إن لحم الحيوان حلال ، وجب أن يكون لما ينقلب من ذلك حكم ما ينقلب إليه ، وهو اللحم كما لو انقلب ترابا ، أو كانقلاب الدم لحما ، والشافعى يحرم الجلاّلة ، ومالك يكرهها . وأما النجاسة تخالط الحلال فالأصل فيه الحديث المشهور من حديث أبى هريرة وميمونة « أنه سئل عليه الصلاة والسلام عن الفأرة تقع فى السمن فقال : إنْ كانَ جامداً فاطْرَحُوها وَما حَوْلَهَا وكُلُوا الباقى ، وإنْ كانَ ذائبا فأريقُوهُ أوْ لاتَقْرَبُوهُ » وللعلماء فى النجاسة تخالط المطعومات الحلال مذهبان : أحدهما من يعتبر فى التحريم المخالطة فقط وإن لم يتغير للطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل النجاسة التى خالطته وهو المشهور والذى عليه الجمهور . والثانى مذهب من يعتبر فى ذلك التغير . وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم الحديث . وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص أريد به الخاص وهم أهل الظاهر فقالوا : هذا الحديث يمر على ظاهره . وسائر الأشياء يعتبر فيها تغيرها بالنجاسة أو لاتغيرها بها ؛ ومنهم من جعله من باب الخاص أريد به العام وهم الجمهور فقالوا : المفهوم منه أن بنفس مخالطة النجس ينجس الحلال . إلا أنه لم يتعلل لهم الفرق بين أن يكون جامدا أو ذائبا لوجود المخالطة فى هاتين الحالتين وإن كانت فى إحدى الحالتين أكثر : أعنى فى حالة الذوبان ، ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة والكثيرة . فلما لم يفرقوا بينهما فكأنهم اقتصروا من بعض الحديث على ظاهره . ومن بعضه على القياس عليه . ولذلك أقرته الظاهرية كله على ظاهره . وأما المحرمات لعينها ، فمنها

ما اتفقوا أيضا عليه، ومنها ما اختلفوا فيه. فأما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على اثنين: لحم الخنزير، والدم. فأما الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده. واختلفوا فى الانتفاع بشعره وفى طهارة جلده مدبوغا وغير مدبوغ. وقد تقدم ذلك فى كتاب الطهارة. وأما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكى، واختلفوا فى غير المسفوح منه. وكذلك اختلفوا فى دم الحوت: فمنهم من رآه نجسا، ومنهم من لم يره نجسا. والاختلاف فى هذا كله موجود فى مذهب مالك وخارجاً عنه. وسبب اختلافهم فى غير المسفوح معارضة الإطلاق للتقييد، وذلك أن قوله تعالى - حرِّمت عليكمُ الميتةُ والدمُ - يقتضى تحريم مسفوح الدم وغيره. وقوله تعالى - أوْ دَماً مَسْفُوحاً - يقتضى بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط: فمن رد المطلق إلى المقيد اشترط فى التحريم السفح؛ ومن رأى أن الإطلاق يقتضى حكما زائدا على التقييد، وأن معارضة المقيد للمطلق إنما هو من باب دليل الخطاب. والمطلق عام، والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد، وقال: يحرم قليل الدم وكثيره. والسفح المشترط فى حرمية الدم إنما هو دم الحيوان المذكى، أعنى أنه الذى يسيل عند التذكية من الحيوان الحلال الأكل. وأما أكل دم يسيل من الحيوان الحى فقليله وكثيره حرام؛ وكذلك الدم من الحيوان المحرم الأكل، وإن ذكى فقليله وكثيره حرام. ولا خلاف فى هذا. وأما سبب اختلافهم فى دم الحوت فمعارضة العموم للقياس. أما العموم فقوله تعالى - والدم -. وأما القياس فما يمكن أن يتوهم من كون الدم تابعا فى التحريم لميتة الحيوان، أعنى أن ماحرم ميتته حرم دمه، وما حل ميتته حل دمه، ولذلك رأى مالك أن ما لادم له فليس بميتة. قال القاضى: وقد تكلمنا فى هذه المسئلة فى كتاب الطهارة، ويذكر الفقهاء فى هذا حديثا مخصصا لعموم الدم قوله عليه الصلاة والسلام «أُحِلَّتْ لَنا مَيْتَتانِ وَدَمانِ» وهذا الحديث فى غالب ظنى ليس هو فى الكتب المشهورة من كتب الحديث. وأما المحرمات لعينها المختلف فيها فأربعة: أحدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الأربع. والثانى ذوات الحافر الإنسية. والثالث لحوم الحيوان المأمور بقتله فى الحرم؛ والرابع لحوم الحيوانات التى تعافها النفوس وتستخبثها بالطبع. وحكى أبو حامد

عن الشافعى أنه يحرم لحم الحيوان المنهى عن أكله قال : كالخطاف والنحل فيكون هذا جنسا خامسا من المختلف فيه .

(فأما المسئلة الأولى) وهى السباع ذوات الأربع ، فروى ابن القاسم عن مالك أنها مكروهة ، وعلى هذا القول عوّل جمهور أصحابه وهو المنصور عندهم ؛ وذكر مالك فى الموطأ ما دليله أنها عنده محرمة ، وذلك أنه قال بعقب حديث أبى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « أَكْلُ كُلِّ ذى نابٍ مِنَ السِّباعِ حَرَامٌ » وعلى ذلك الأمر عندنا ، وإلى تحريمها ذهب الشافعى وأشهب وأصحاب مالك وأبو حنيفة ، إلا أنهم اختلفوا فى جنس السباع المحرمة فقال أبو حنيفة : كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع واليربوع عنده من السباع ، وكذلك السنور ؛ وقال الشافعى : يؤكل الضبع والثعلب، وإنما السباع المحرمة التى تعدو على الناس كالأسد والنمر والذئب ، وكلا القولين فى المذهب . وجمهورهم على أن القرد لا يؤكل ولا ينتفع به ؛ وعند الشافعى أيضا أن الكلب حرام لا ينتفع به ، لأنه فهم من النهى عن سؤره نجاسة عينه . وسبب اختلافهم فى تحريم لحوم السباع من ذوات الأربع معارضة الكتاب للآثار ، وذلك أن ظاهر قوله ـ قُلْ لا أَجِدُ فِيما أُوحِيَ إِلَىَّ مُحَرَّماً عَلَى طاعِمٍ يَطْعَمُهُ ـ الآية ، أن ما عدا المذكور فى هذه الآية حلال ، وظاهر حديث أبى ثعلبة الخشنى أنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع إن السباع محرمة » هكذا رواه البخارى ومسلم. وأما مالك فما رواه فى هذا المعنى من طريق أبى هريرة هو أبين فى المعارضة وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أكل كل ذى ناب من السباع حرام » وذلك أن الحديث الأول قد يمكن الجمع بينه وبين الآية بأن يحمل النهى المذكور فيه على الكراهية . وأما حديث أبى هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين الآية إلا أن يعتقد أنه ناسخ للآية عند من رأى أن الزيادة نسخ وأن القرآن ينسخ بالسنة المتواترة . فمن جمع بين حديث أبى ثعلبة والآية حمل حديث لحوم السباع على الكراهية . ومن رأى أن حديث أبى هريرة يتضمن زيادة على ما فى الآية حرّم لحوم السباع ، ومن اعتقد أن الضبع والثعلب محرمان فاستدلالا

بعموم لفظ السباع ؛ ومن خصص من ذلك العادية فصيرا لما روى عبدالرحمن ابن عمار قال : سألت جابر بن عبد الله عن الضبع آكلها ؟ قال نعم ، قلت أصيد هى ؟ قال نعم ، قلت فأنت سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال نعم . وهذا الحديث وإن كان انفرد به عبد الرحمن فهو ثقة عند جماعة أئمة الحديث ، ولما ثبت من إقراره عليه الصلاة والسلام على أكل الضب بين يديه . وأما سباع الطير ، فالجمهور على أنها حلال لمكان الآية المتكررة وحرمها قوم لما جاء فى حديث ابن عباس أنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل مخلب من الطير » إلا أن هذا الحديث لم يخرجه الشيخان ، وإنما ذكره أبو داود .

(وأما المسئلة الثانية)وهى اختلافهم فى ذوات الحافر الإنسى : أعنى الخيل والبغال والحمير ، فإن جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمر الإنسية ، إلا ما روى عن ابن عباس وعائشة أنهما كانا يبيحانها ، وعن مالك أنه كان يكرهها ، رواية ثانية مثل قول الجمهور ؛ وكذلك الجمهور على تحريم البغال ، وقوم كرهوها ولم يحرموها ، وهو مروى عن مالك . وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة إلى أنها محرمة ؛ وذهب الشافعى وأبو يوسف ومحمد وجماعة إلى إباحتها . والسبب فى اختلافهم فى الحمر الإنسية معارضة الآية المذكورة للأحاديث الثابتة فى ذلك من حديث جابر وغيره قال« نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل» فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ؛ ومن رأى النسخ قال بتحريم الحمر أو قال بالزيادة دون أن يوجب عنده نسخا ، وقد احتج من لم ير تحريمها بما روى عن أبى إسحق الشيبانى عن ابن أبى أوفى قال « أصبنا حمرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وطبخناها ، فنادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أكفئوا القدور بما فيها » . قال ابن إسحق : فذكرت ذلك لسعيد بن جبير فقال : إنما نهى عنها لأنها كانت تأكل الجلة . وأما اختلافهم فى البغال ، فسببه معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى - والخَيْلَ والبِغالَ والحَمِيرَ لِتَرْكَبُوها وَزِينَةً - وقوله مع أن ذلك فى الأنعام - لِتَرْكَبُوا مِنْها وَمِنْها تأْكُلُونَ - الأية الحاصرة للمحرمات ، لأنه يدل

مفهوم الخطاب فيها أن المباح فى البغال إنما هو الركوب مع قياس البغل ايضا على الحمار . وأما سبب اختلافهم فى الخيل فمعارضة دليل الخطاب فى هذه الآية لحديث جابر ، ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار له ، لكن إباحة لحم الخيل نص فى حديث جابر فلا ينبغى أن يعارض بقياس ولا بدليل خطاب.

(وأما المسئلة الثالثة) وهى اختلافهم فى الحيوان المأمور بقتله فى الحرم وهى الخمس المنصوص عليها : الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور ، فإن قوما فهموا من الأمر بالقتل لها مع النهى عن قتل البهائم المباحة الأكل أن العلة فى ذلك هو كونها محرمة ، وهو مذهب الشافعى ؛ وقوما فهموا من ذلك معنى التعدى لامعنى التحريم، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وجمهور أصحابهما . وأما الجنس الرابع ، وهو الذى تستخبثه النفوس كالحشرات والضفادع والسرطانات والسلحفاة وما فى معناها ، فإن الشافعى حرمها وأباحها الغير ؛ ومنهم من كرهها فقط . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم ما ينطلق عليه اسم الخبائث فى قوله تعالى ـ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الخَبَائِثَ ـ فمن رأى أنها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص ؛ ومن رأى أن الخبائث هى ما تستخبثه النفوس قال : هى محرمة . وأما ما حكاه أبو حامد عن الشافعى فى تحريمه الحيوان المنهى عن قتله كالخطاف والنحل زَعَمَ فإنى لست أدرى أين وقعت الآثار الواردة فى ذلك ، ولعلها فى غير الكتب المشهورة عندنا . وأما الحيوان البحرى ، فإن العلماء أجمعوا على تحليل ما لم يكن منه موافقا بالاسم لحيوان فى البر محرم ، فقال مالك : لابأس بأكل جميع حيوان البحر ، إلا أنه كره خنزير الماء وقال : أنتم تسمونه خنزيرا ؛ وبه قال ابن أبى ليلى والأوزاعى ومجاهد وجمهور العلماء ، إلا أن منهم من يشترط فى غير السمك التذكية ، وقد تقدم ذلك . وقال الليث بن سعد : أما إنسان الماء وخنزير الماء فلا يؤكلان على شىء من الحالات . وسبب اختلافهم هو هل يتناول لغة أو شرعا اسم الخنزير والإنسان خنزير الماء وإنسانه ، وعلى هذا يجب أن يتطرق الكلام إلى كل حيوان فى البحر مشارك بالإسم فى اللغة أو فى العرف لحيوان محرم فى البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه ، والنظر فى هذه المسئلة يرجع إلى أمرين : أحدهما هل هذه الأسماء لغوية ؟ والثانى هل للاسم المشترك

عموم أم ليس له ؟ فإن إنسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وإنسانه باشتراك الاسم ، فمن سلم أن هذه الأسماء لغوية ورأى أن للاسم المشترك عموما لزمه أن يقول بتحريمها ، ولذلك توقف مالك فى ذلك وقال : أنتم تسمونه خنزيرا . فهذه حال الحيوان المحرم الأكل فى الشرع والحيوان المباح الأكل .
وأما النبات الذى هو غذاء فكله حلال إلا الخمر وسائر الأنبذة المتخذة من العصارات التى تتخمر ومن العسل نفسه . أما الخمر فإنهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها : أعنى التى هى من عصير العنب . وأما الأنبذة فإنهم اختلفوا فى القليل منها الذى لايسكر ، وأجمعوا على أن المسكر منها حرام . فقال جمهور فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين : قليل الأنبذة وكثيرها المسكرة حرام . وقال العراقيون إبراهيم النخعى من التابعين وسفيان الثورى وابن أبى ليلى وشريك وابن شبرمة وأبو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين وأكثر علماء البصريين : إن المحرم من سائر الأنبذة المسكرة هو السكر نفسه لاالعين . وسبب اختلافهم تعارض الآثار والأقيسة فى هذا الباب ، فالحجازيين فى تثبيت مذهبهم طريقتان : الطريقة الأولى الآثار الواردة فى ذلك . والطريقة الثانية تسمية الأنبذة بأجمعها خمرا . فمن أشهر الآثار التى تمسك بها أهل الحجاز ما رواه مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل ؟ فقال : كُلُّ شَرابٍ أسْكَرَ فَهُوَ حَرَامٌ » خرجه البخارى . وقال يحيى بن معين : هذا أصح حديث روى عن النبى عليه الصلاة والسلام فى تحريم المسكر ؛ ومنها أيضا ما خرجه مسلم عن ابن عمر أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ، وكُلُّ خَمْرٍ حَرَامٌ » فهذان حديثان صحيحان . أما الأول فاتفق الكل عليه . وأما الثانى فانفرد بتصحيحه مسلم . وخرج الترمذى وأبو داود والنسائى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ما أسْكَرَ كثيره فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ » وهو نص فى موضع الخلاف . وأما الاستدلال الثانى من أن الأنبذة كلها تسمى خمرا ، فلهم فى ذلك طريقتان : إحداهما من جهة إثبات الأسماء بطريق الاشتقاق ، والثانى من جهة السماع . فأما التى من جهة الاشتقاق

فإنهم قالوا إنه معلوم عند أهل اللغة أن الخمر إنما سميت خمرا لمخامرتها العقل ، فوجب لذلك أن ينطلق اسم الخمر لغة على كل ما خامر العقل . وهذه الطريقة من إثبات الأسماء فيها اختلاف بين الأصوليين ، وهى غير مرضية عند الخراسانيين . وأما الطريقة الثانية التى من جهة السماع ، فإنهم قالوا إنه وإن لم يسلم لنا أن الأنبذة تسمى فى اللغة خمرا شرعا ، واحتجوا فى ذلك بحديث ابن عمر المتقدم ، وبما روى أيضا عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ : النَّخْلَةِ والعِنَبَةِ » وما روى أيضا عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن مِنَ العِنَبِ خمرا ، وإن مِنَ العَسَلِ خَمْرا ، وَمِنَ الزَّبِيبِ خَمْرا ، وَمِنَ الحِنْطَةِ خَمْرًا وأنا أَنْهَاكُمْ عَنْ كُلِّ مُسْكِرٍ » فهذه هى عمدة الحجازيين فى تحريم الأنبذة . وأما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعالى ـ وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ والأعْنابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا ورِزْقا حَسَنًا ـ وبآثار رووها فى هذا الباب ، وبالقياس المعنوى . أما احتجاجهم بالآية فإنهم قالوا : السكَرهو المسكر ولوكان محر م العين لما سماه الله رزقا حسنا . وأما الآثار التى اعتمدوها فى هذا الباب ، فمن أشهرها عندهم حديث أبى عون الثقفى عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبى عليه الصلاة والسلام قال « حُرِّمَتِ الخَمْرُ لِعَيْنِها » والسكر من غيرها وقالوا : هذا نص لايحتمل التأويل ، وضعَّفه أهل الحجاز لأن بعض رواته روى « وَالمُسْكِرُ مِنْ غَيْرِها » ومنها حديث شريك عن سماك بن حرب بإسناده عن أبى بردة بن نيار قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنّى كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنِ الشَّرَابِ فى الأوْعِيَةِ فاشْرَبُوا فيها بَدَا لَكُمْ ولا تَسْكَرُوا » خرجها الطحاوى . ورووا عن ابن مسعود أنه قال : شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ، ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم . ورووا عن أبى موسى قال « بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذا إلى اليمن ، فقلنا : يا رسول الله إن بها شرابين يصنعان من البر والشعير : أحدهما يقال له المزر ، والآخر يقال له البتع ، فما نشرب ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : اشْرَبا ولا تَسْكَرَا » خرجه الطحاوى أيضا إلى

غير ذلك من الآثار التى ذكروها فى هذا الباب . وأما احتجاجهم من جهة النظر فإنهم قالوا : قد نص القرآن أن علة التحريم فى الخمر إنما هى الصد عن ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى - إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِى الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ - وهذه العلة توجد فى القدر المسكر لافيما دون ذلك ، فوجب أن يكون ذلك القدر هو الحرام إلا ما انعقد عليه الإجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها ، قالوا : وهذا النوع من القياس يلحق بالنص ، وهو القياس الذى ينبه الشرع على العلة فيه . وقال المتأخرون من أهل النظر : حجة الحجازيين من طريق السمع أقوى ، وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر . وإذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف إلى اختلافهم فى تغليب الأثر على القياس ، أو تغليب القياس على الأثر إذا تعارضا ، وهى مسئلة مختلف فيها ، لكن الحق أن الأثر إذا كان نصا ثابتا ، فالواجب أن يغلب على القياس . وأما إذا كان ظاهر اللفظ محتملا للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بأن يتأول اللفظ أو يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس ؟ وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الألفاظ الظاهرة ، وقوة قياس من القياسات التى تقابلها ولايدرك الفرق بينهما إلابالذوق العقلى كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون ، وربما كان الذوقان على التساوى ؛ ولذلك كثر الاختلاف فى هذا النوع حتى قال كثير من الناس : كل مجتهد مصيب . . قال القاضى : والذى يظهر لى والله أعلم أن قوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام » وإن كان يحتمل أن يراد به القدر المسكر لاالجنس المسكر ، فإن ظهوره فى تعليق التحريم بالجنس أغلب على الظن من تعليقه بالقدر لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تأوله الكوفيون ، فإنه لايبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سدا للذريعة وتغليظا ، مع أن الضرر إنما يوجد فى الكثير ، وقد ثبت من حال الشرع بالإجماع أنه اعتبر فى الخمر الجنس دون القدر الواجب ، فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر أن يلحق بالخمر ، وأن يكون على من زعم وجود الفرق إقامة الدليل على ذلك ، هذا إن لم يسلموا لنا صحة قوله عليه الصلاة والسلام « ما أسكر كثيره فقليله حرام » فإنهم إن سلموه لم يجدوا انفكاكا فإنه

نص فى موضع الخلاف ، ولا يصح أن تعارض النصوص بالمقاييس ، وأيضا فإن الشرع قد أخبر أن فى الخمر مضرة ومنفعة ، فقال تعالى - قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ - وكان القياس إذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة أن يحرم كثيرها ويحلل قليلها ؛ فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة فى الخمر ومنع القليل منها والكثير ، وجب أن يكون الأمر كذلك فى كل ما يوجد فيه علة تحريم الخمر ، إلا أن يثبت فى ذلك فارق شرعى .
واتفقوا على أن الانتباذ حلال ما لم تحدث فيه الشدة المطربة الخمرية لقوله عليه الصلاة والسلام « فانْتَبِذُوا وكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ » ، ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه كان ينتبذ ، وأنه كان يريقه فى اليوم الثانى أو الثالث» واختلفوا من ذلك فى مسئلتين : إحداهما : فى الأوانى التى ينتبذ فيها . والثانية : فى انتباذ شيئين مثل البسر والرطب ، والتمر والزبيب .

(فأما المسئلة الأولى) فإنهم أجمعوا على جواز الانتباذ فى الأسقية ، واختلفوا فيما سواها ؛ فروى ابن القاسم عن مالك أنه كره الانتباذ فى الدباء والمزفت ولم يكره غير ذلك ؛ وكره الثورى الانتباذ فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس بالانتباذ فى جميع الظروف والأوانى . وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب ، وذلك أنه ورد من طريق ابن عباس النهى عن الانتباذ فى الأربع التى كرهها الثورى وهو حديث ثابت . وروى مالك عن ابن عمر فى الموطأ « أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتباذ فى الدباء والمزفت » وجاء فى حديث جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام من طريق شريك عن سماك أنه قال « كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ أنْ تَنْتَبِذُوا فى الدُّبَّاءِ والحَنْتَمِ والنقِيرِ والمُزَفَّتِ فانْتَبِذُوا ولا أُحِلُّ مُسْكِرًا » وحديث أبى سعيد الخدرى الذى رواه مالك فى الموطأ ، وهو أنه عليه الصلاة والسلام قال « كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ الانْتِبَاذِ فانْتَبِذُوا ، وكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ » . فمن رأى أن النهى المتقدم الذى نسخ إنما كان نهيا عن الانتباذ فى هذه الأوانى إذ لم يعلم ههنا نهى متقدم غير ذلك قال : يجوز الانتباذ فى كل شىء ؛ ومن قال إن النهى المتقدم الذى نسخ إنما كان نهيا عن الانتباذ مطلقا قال : بقى النهى عن الانتباذ فى هذه الأوانى ؛ فمن اعتمد فى ذلك حديث

ابن عمر قال بالآيتين المذكورتين فيه ؛ ومن اعتمد فى ذلك حديث ابن عباس قال بالأربعة . لأنه يتضمن مزيدا ، والمعارضة بينه وبين حديث ابن عمر إنما هى من باب دليل الخطاب . وفى كتاب مسلم النهى عن الانتباذ فى الحنتم ، وفيه أنه رخص لهم فيه إذا كان غير مزفت .

(وأما المسئلة الثانية) وهى انتباذ الخليطين . فإن الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الأشياء التى من شأنها أن تقبل الانتباذ ؛ وقال قوم : بل الانتباذ مكروه ؛ وقال قوم : هو مباح . وقال قوم : كل خليطين فهما حرام وإن لم يكونا مما يقبلان الانتباذ فيما أحسب الآن . والسبب فى اختلافهم ترددهم فى هل النهى الوارد فى ذلك هو على الكراهة أو على الحظر ؟ وإذا قلنا إنه على الحظر . فهل يدل على فساد المنهى عنه أم لا ؟ وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن أن يخلط التمر والزبيب . والزهو والرطب ، والبسر والزبيب » وفى بعضها أنه قال عليه الصلاة والسلام « لاتَنْتَبِذُوا الزَّهْوَ والزبيبَ جميعا . ولا التَّمْرَ والزبيبَ جميعا . وانْتَبِذُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حِدَةٍ » فيخرج فى ذلك بحسب التأويل الأقاويل الثلاثة : قولٌ بتحريمه . وقول بتحليله مع الإثم فى الانتباذ . وقول بكراهية ذلك . وأما من قال إنه مباح . فلعله اعتمد فى ذلك عموم الأثر بالانتباذ فى حديث أبى سعيد الخدرى . وأما من منع كل خليطين . فإما أن يكون ذهب إلى أن علة المنع هو الاختلاط لاما يحدث عن الاختلاط من الشدة فى النبيذ . وإما أن يكون قد تمسك بعموم ما ورد أنه نهى عن الخليطين ؛ وأجمعوا على أن الخمر إذا تخللت من ذاتها جاز أكلها . واختلفوا إذا قصد تخليلها على ثلاثة أقوال : التحريم . والكراهية . والإباحة . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر واختلافهم فى مفهوم الأثر . وذلك أن أباداود خرج من حديث أنس بن مالك أن أبا طلحة « سأل النبى عليه الصلاة والسلام عن أيتام ورثوا خمرا ، فقال : أهْرِقْها . قال : أفلا أجعلها خلا ؟ قال : لا » فمن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ؛ ومن فهم النهى لغير علة قال بالتحريم ؛ ويخرج على هذا أن لاتحريم أيضا على مذهب من يرى أن النهى لايعود بفساد المنهى . والقياس المعارض لحمل الخل على التحريم أنه قد علم من ضرورة

الشرع أن الأحكام المختلفة إنما هى للذوات المختلفة ، وأن الخمر غير ذات الخل ، والخل باجماع حلال ، فإذا انتقلت ذات الخمر إلى ذات الخل وجب أن يكون حلالا كيفما انتقل .

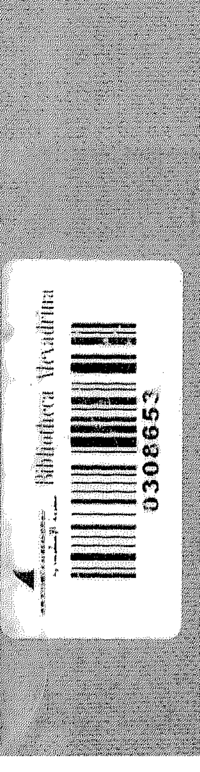
(الجملة الثانية : فى استعمال المحرمات فى حال الاضطرار) والأصل فى هذا الباب قوله تعالى ـ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ ما حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إلاَّ ما اضْطُرِرْتُمْ إلَيْهِ ـ والنظر فى هذا الباب فى السبب المحلل وفى جنس الشىء المحلل وفى مقداره . فأما السبب ، فهو ضرورة التغذى : أعنى إذا لم يجد شيئا حلالا يتغذى به ، وهو لاخلاف فيه . وأما السبب الثانى طلب البرء ، وهذا المختلف فيه ؛ فمن أجازه احتج بإباحة النبى عليه الصلاة والسلام الحرير لعبدالرحمن بن عوف لمكان حكة به ؛ ومن منعه فلقوله عليه الصلاة والسلام « إن اللهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفاءَ أُمَّتِى فيما حُرِّمَ عَلَيْها » . وأما جنس الشىء المستباح فهو كل شىء محرم مثل الميتة وغيرها ؛ والاختلاف فى الخمر عندهم هو من قبل التداوى بها لامن قبل استعمالها فى التغذى ، ولذلك أجازوا للعطشان أن يشربها إن كان منها رى ، وللشرق أن يزيل شرقه بها . وأما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرها فإن مالكا قال : حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها ؛ وقال الشافعى وأبوحنيفة : لايأكل منها إلا ما يمسك الرمق ، وبه قال بعض أصحاب مالك . وسبب الاختلاف هل المباح له فى حال الاضطرار هو جميعها أم ما يمسك الرمق فقط ؟ والظاهر أنه جميعها لقوله تعالى ـ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ باغٍ ولا عادٍ ـ واتفق مالك والشافعى على أنه لايحل للمضطر أكل الميتة إذا كان عاصيا بسفره لقوله تعالى ـ غير باغ ولا عاد ـ وذهب غيره إلى جواز ذلك .

(انتهى كتاب الأطعمة والأشربة)

تم الجزء الأول من كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

ويليه :

الجزء الثانى ، وأوله : كتاب النكاح



بداية المجتهد

ونهاية المقتصد

تأليف الإمام أبي الوليد

محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي

٥٢٠ ـ ٥٩٥ هـ

الجزء الثاني

الطبعة السادسة

١٤٠٢هـ ١٩٨٢م

[تمتاز بضبط الآيات القرآنية والأحاديث النبوية]

الناشر

دار المعرفة

للطباعة والنشر

بيروت . لبنان

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِى الدينِ
(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

وأصول هذا الكتاب تنحصر فى خمسة أبواب : الباب الأول : فى مقدمات النكاح . الباب الثانى : فى موجبات صحة النكاح . الباب الثالث : فى موجبات الخيار فى النكاح . الباب الرابع : فى حقوق الزوجية . الباب الخامس : فى الأنكحة المنهى عنها والفاسدة .

الباب الأول فى مقدمات النكاح

وفى هذا الباب أربع مسائل فى حكم النكاح وفى حكم خطبة النكاح ، وفى الخطبة على الخطبة . وفى النظر إلى المخطوبة قبل التزويج . فأما حكم النكاح فقال قوم : هو مندوب إليه، وهم الجمهور ؛ وقال أهل الظاهر : هو واجب؛ وقالت المتأخرة من المالكية : هو فى حق بعض الناس واجب ، وفى حق بعضهم مندوب إليه ، وفى حق بعضهم مباح ؛ وذلك بحسب ما يخاف على نفسه من العنت . وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به فى قوله تعالى - فانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ - وفى قوله عليه الصلاة والسلام « تَنَاكَحُوا فإِنِّى مُكاثِرٌ بِكُمُ الأُمَمَ » وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة فى ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الإباحة . فأما من قال إنه فى حق بعض الناس واجب ، وفى حق بعضهم مندوب إليه ، وفى حق بعضهم مباح ، فهو التفات إلى المصلحة ، وهذا النوع من القياس هو الذى يسمى المرسل ، وهو الذى ليس له أصل معين يستند إليه ، وقد أنكره كثير من العلماء ، والظاهر من مذهب مالك القول به ٥

وأما خطبة النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة ، وقال داود هي واجبة . وسبب الخلاف هل يحمل فعله فى ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فأما الخطبة على الخطبة ، فإن النهى فى ذلك ثابت عن النبى عليه الصلاة والسلام . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه أو لا يدل ، وإن كان يدل فى أى حالة يدل ؟ فقال داود يفسخ ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يفسخ ؛ وعن مالك القولان جميعا ، وثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده ؛ وقال ابن القاسم : إنما معنى النهى إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح ، وأما إن كان الأول غير صالح والثانى صالح جاز . وأما الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لا فى أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس « حيث جاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية ابن أبى سفيان خطباها ، فقال : أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَرَجُلٌ لاَيَرْفَعُ عَصَاهُ عَنِ النِّسَاءِ ، وأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لامَالَ لَهُ ، ولَكِنِ انْكِحِى أُسامَةَ » . وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة ، فأجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط ؛ وأجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السوأتين ؛ ومنع ذلك قوم على الإطلاق ؛ وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القدمين مع الوجه والكفين . والسبب فى اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر إليهن مطلقا ، وورد بالمنع مطلقا ، وورد مقيدا : أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء فى قوله تعالى ـ ولا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ ما ظَهَرَ مِنْهَا ـ إنه الوجه والكفان ، وقياسا على جواز كشفهما فى الحج عند الأكثر ، ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر إلى النساء .

الفصل الثانى فى موجبات صحة النكاح

وهذا الباب ينقسم إلى ثلاثة أركان : الركن الأول : فى معرفة كيفية هذا العقد . الركن الثانى : فى معرفة محل هذا العقد . الثالث : فى معرفة شروط هذا العقد .

(الركن الأول) فى الكيفية . والنظر فى هذا الركن فى مواضع : فى كيفية الإذن المنعقد به ، ومن المعتبر رضاه فى لزوم هذا العقد ، وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز ؟ وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد ، أم من شرط ذلك الفور ؟ .

(الموضع الأول) الإذن فى النكاح على ضربين : فهو واقع فى حق الرجال والثيب من النساء بالألفاظ ، وهو فى حق الأبكار المستأذنات واقع بالسكوت : أعنى الرضا . وأما الرد فباللفظ ولا خلاف فى هذه الجملة إلا ما حكى عن أصحاب الشافعى أن إذن البكر إذا كان المنكح غير أب ولا جد بالنطق ، وإنما صار الجمهور إلى أن إذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام « الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، والبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فى نَفْسِهَا وإِذْنُهَا صُمَاتُهَا » واتفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن إذنه اللفظ ، وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا فى انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة ، فأجازه قوم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج . وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ؟ فمن ألحقه بالعقود التى يعتبر فيها الأمران قال : لا نكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ؛ ومن قال : إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأى لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعى من ذلك ، أعنى أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعى مشاركة .

(الموضع الثانى) وأما من المعتبر قبوله فى صحة هذا العقد ، فإنه يوجد فى الشرع على ضربين : أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما : أعنى الزوج والزوجة ، إما مع الولى ، وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولى فى رضا المرأة المالكة أمر نفسها . والثانى يعتبر فيه رضا الأولياء فقط ، وفى كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ، ومسائل اختلفوا فيها ، ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول : أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم فإنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم فى صحة النكاح . واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ أم ليس

يجبره ؟ فقال مالك : يجبر السيد عبده على النكاح ، وبه قال أبوحنيفة . وقال الشافعى : لايجبره . والسبب فى اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه ؟ وكذلك اختلفوا فى جبر الوصىّ محجوره ، والخلاف فى ذلك موجود فى المذهب . وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وإنما طريقه الملاذّ ؟ وعلى القول بأن النكاح واجب ينبغى أن لايتوقف فى ذلك . وأما النساء اللاتى يعتبر رضاهنّ فى النكاح ، فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام « والثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِها » إلا ما حكى عن الحسن البصرى . واختلفوا فى البكر البالغ وفى الثيب الغير البالغ مالم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعى وابن أبى ليلى : للأب فقط أن يجبرها على النكاح ؛ وقال أبوحنيفة والثورى والأوزاعى وأبو ثور وجماعة : لابدّ من اعتبار رضاها ؛ ووافقهم مالك فى البكر المعنسة على أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى هذا للعموم ، وذلك أن ما روى عنه عليه الصلاة والسلام من قوله : « لاتُنْكَحُ اليَتِيمَةُ إلاَّ بإذْنِها » وقوله « تُسْتَأْمَرُ اليَتِيمَةُ فى نَفْسِها » خرجه أبو داود ، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة ، وقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ابن عباس المشهور « والبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ » يوجب بعمومه استئمار كل بكر . والعموم أقوى من دليل الخطاب ، مع أنه خرّج مسلم فى حديث ابن عباس زيادة ، وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : « والبِكْرُ يَسْتَأْذِنُها أبُوها » وهو نص فى موضع الخلاف . وأما الثيب الغير البالغ ، فإن مالكا وأباحنيفة قالا : يجبرها الأب على النكاح ؛ وقال الشافعى : لايجبرها ؛ وقال المتأخرون : إن فى المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول إن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب ؛ وقول إنه يجبرها وإن بلغت ، وهو قول سحنون ؛ وقول إنه لايجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبى تمام ؛ والذى حكيناه عن مالك هو الذى حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « تُسْتَأمرُ اليَتيمةُ فى نفسِها ولا تُنكحُ اليَتيمةُ إلاَّ بإذنها ،

يفهم منه أن ذات الأب لاتستأمر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » يتناول البالغ وغير البالغ ، وكذلك قوله « لاتُنْكَحُ الأيمُ حتّى تُسْتَأْمَرَ ولا تُنْكَحُ حتّى تُسْتَأْذَنَ » يدل بعمومه على ما قاله الشافعى . ولا ختلافهم فى هاتين المسئلتين سبب آخر ، وهو استنباط القياس من موضع الإجماع ، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ ، وأنه لايجبر الثيب البالغ إلا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا فى موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر ؟ فمن قال الصغر قال : لاتجبر البكر البالغ ؛ ومن قال البكارة قال : تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ؛ ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد قال : تجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتعليل الأول تعليل أبى حنيفة ، والثانى تعليل الشافعى ، والثالث تعليل مالك ، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبى حنيفة . واختلفوا فى الثيوبة التى ترفع الإجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثيوبة التى تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك ، وأنها لاتكون بزنى ولا بغصب ؛ وقال الشافعى : كل ثيوبة ترفع الإجبار . وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية ؟ . واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح ، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ، ولا يستأمرها لما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بإنكاح أبى بكر أبيها رضى الله عنه » إلا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة. واختلفوا من ذلك فى مسئلتين : إحداهما هل يزوج الصغيرة غير الأب ؟ والثانية هل يزوج الصغير غير الأب ؟ فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا ؟ فقال الشافعى : يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط ؛ وقال مالك : لايزوجها إلا الأب فقط ، أو من جعل الأب له ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد ؛ وقال أبو حنيفة : يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ، ولها الخيار إذا بلغت ، وسبب اختلافهم معارضة

العموم للقياس ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « والبكر تستأمر وإذنها صماتها » يقتضى العموم فى كل بكر إلا ذات الأب التى خصصها الإجماع ، إلا الخلاف الذى ذكرناه ، وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب فى هذا المعنى ، فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط ، لأنه فى معنى الأب إذ كان أبا أعلى ، وهو الشافعى ؛ ومن قصر ذلك على الأب رأى أن ما للأب فى ذلك غير موجود لغيره ، إما من قبل أن الشرع خصه بذلك ، وإما من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لايوجد فى غيره ، وهو الذى ذهب إليه مالك رضى الله عنه ، وما ذهب إليه أظهر - والله أعلم - إلا أن يكون هنالك ضرورة . وقد احتج الحنفية بجواز إنكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى - فإنْ خِفْتُمْ أنْ لاتُقْسِطُوا فى اليَتامَى فانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ - قال : واليتيم لاينطلق إلا على غير البالغة . والفريق الثانى قالوا : إن اسم اليتيم قد ينطلق على بالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة » والمستأمرة هى من أهل الإذن وهى البالغة ، فيكون لاختلافهم سبب آخر ، وهو اشتراك اسم اليتيم ؛ وقد احتج أيضا من لم يجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة فى نفسها » قالوا : والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق ، فوجب المنع ، ولأولئك أن يقولوا : إن هذا حكم اليتيمة التى هى من أهل الاستئمار ، وأما الصغيرة فمسكوت عنها . وأما : هل يزوج الولى غير الأب الصغير ؟ فإن مالكا أجازه للوصى ؛ وأبا حنيفة أجازه للأولياء ، إلا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له إذا بلغ ، ولم يوجب ذلك مالك ؛ وقال الشافعى : ليس لغير الأب إنكاحه . وسبب اختلافهم قياس غير الأب فى ذلك على الأب. فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لايوجد فى غير الأب لم يجز ذلك ؛ ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك ؛ ومن فرق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق إذا بلغ ولا تملكه المرأة ، ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار إذا بلغا .

(وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار ، فإنه

الجمهور على أنه لايجوز ؛ وقال أبو ثور يجوز . والسبب فى اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لايجوز فيها الخيار ، والبيوع التى يجوز فيها الخيار ، أو نقول إن الأصل فى العقود أن لاخيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثبت الخيار الدليل . أو نقول إن أصل منع الخيار [1] فى البيوع هو الغرر والأنكحة لاغرر فيها ؛ لأن المقصود بها المكارمة لاالمكايسة ، ولأن الحاجة إلى الخيار والرؤية فى النكاح أشد منه فى البيوع . وأما تراخى القبول من أحد الطرفين عن العقد ، فأجاز مالك من ذلك التراخى اليسير ، ومنعه قوم ، وأجازه قوم ، وذلك مثل أن ينكح الولى امرأة بغير إذنها ، فيبلغها النكاح فتجيزه ، وممن منعه مطلقا الشافعى ؛ وممن أجازه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه ، والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك . وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين فى وقت واحد معا ، أم ليس ذلك من شرطه ؟ ومثل هذا الخلاف عرض فى البيع .

(الركن الثانى : فى شروط العقد) وفيه ثلاثة فصول : الفصل الأول : فى الأولياء . الثانى : فى الشهود . الثالث : فى الصداق .

الفصل الأول فى الأولياء

والنظر فى الأولياء فى مواضع أربعة : الأول : فى اشتراط الولاية فى صحة النكاح . الموضع الثانى : فى صفة الولى . الثالث : فى أصناف الأولياء وترتيبهم فى الولاية . وما يتعلق بذلك . الرابع : فى عضل الأولياء من يلونهم ، وحكم الاختلاف الواقع بين الولى والمولى عليه .

(الموضع الأول) اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط ؟ فذهب مالك إلى أنه لايكون نكاح إلا بولى ، وأنها شرط فى الصحة فى رواية أشهب عنه ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة وزفر والشعبى والزهرى : إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولى وكان كفؤا جاز ؛ وفرّق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولى فى البكر وعدم اشتراطه

(١) هكذا هذه العبارة بالأصول ، وليس لها معنى واضح .

فى الثيب . ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك فى الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولى ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة ، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك، أعنى أنهم يقولون إنها من شروط الصحة لا من شروط التمام . وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هى ظاهرة فى اشتراط الولاية فى النكاح فضلا عن أن يكون فى ذلك نص ، بل الآيات والسنن التى جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هى كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التى يحتج بها من يشترط إسقاطها هى أيضا محتملة فى ذلك ، والأحاديث مع كونها محتملة فى ألفاظها مختلف فى صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل، لأن الأصل براءة الذمة ، ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال فى ذلك ، فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى ـ فإذَا بَلَغْنَ أجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أنْ يَنْكِحْنَ أزْوَاجَهُنَّ ـ قالوا : وهذا خطاب للأولياء ، ولو لم يكن لهم حق فى الولاية لما نهوا عن العضل ، وقوله تعالى ـ ولا تُنْكِحُوا المُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ـ قالوا : وهذا خطاب للأولياء أيضا ؛ ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهرى عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيُّمَا امْرأةٍ نكَحَتْ بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّها فَنِكاحُها باطِلٌ ثَلاثَ مَرَّاتٍ ، وإنْ دَخَلَ بِهَا فالمَهْرُ لهَا بِمَا أصَابَ مِنْها ، فإنْ اشْتَجَرُوا فالسُّلْطانُ وَلِىُّ مَنْ لا وَلِىَّ لَهُ » خرجه الترمذى وقال فيه : حديث حسن وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة ، فقوله تعالى ـ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيما فَعَلْنَ فى أنْفُسِهِنَّ بالمَعْرُوفِ ـ قالوا : وهذا دليل على جواز تصرفها فى العقد على نفسها . قالوا : وقد أضاف إليهن فى غير ما آية من الكتاب الفعل فقال ـ أن ينكحن أزواجهن ـ وقال ـ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا

غيره - . وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها » وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى ، فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع . فأما قوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن - فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح ، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا ، أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا ، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم ، وكذلك قوله تعالى - ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا - هو أن يكون خطابا لأولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطابا للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء أو لأولى الأمر ؛ فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولى الأمر ، فإن قيل إن هذا عام والعلم يشمل ذوى الأمر والأولياء قيل إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع ؛ فيستوى فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولى مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن أصله الأجنبي ، ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل ، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم ، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ، ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر ، لأن هذا مما تعم به البلوى ؛ ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولى له ، ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها ، وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر ، والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ، والأظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به . وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه إلا اشتراط إذن الولى لمن لها ولى : أعني المولى عليها ، وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعقد على

نفسها ، أعنى أن لاتكون هى التى تلى العقد بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولى لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط فى صحة النكاح إشهاد الولى معها . وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى ـ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فى أَنْفُسِهِنَّ مِنْ مَعْرُوفٍ ـ فإن المفهوم منه النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن ، وليس ههنا شىء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولى إلا عقد النكاح ، فظاهر هذه الآية ـ والله أعلم ـ أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع إلا أن هذا لم يقل به أحد ، وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف . وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد ، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر فى الفرق بين الثيب والبكر ، لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولى فبماذا ليت شعرى تكون الأيم أحق بنفسها من وليها ؟ وحديث الزهرى هو أن يكون موافقا هذا الحديث أحرى من أن يكون معارضا له ، ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما فى السكوت والنطق فقط . ويكون السكوت كافيا فى العقد والاحتجاج بقوله تعالى ـ فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف ـ هو أظهر فى أن المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله ـ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ـ على أن الولى هو الذى يلى العقد . وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة ، وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهرى ، وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهرى عنه فلم يعرفه ، قالوا : والدليل على ذلك أن الزهرى لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة . وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس أنه قال « لانِكَاحَ إلاَّ بِوَلِىٍّ وَشَاهِدَىْ عَدْلٍ » ولكنه مختلف فى رفعه . وكذلك اختلفوا أيضا فى صحة الحديث الوارد « فى نكاح النبى عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها إياه » . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحتمل ، وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد فى المرأة اكتفى به فى عقد النكاح كما يكتفى به فى التصرف فى المال ، ويشبه أن يقال إن

المرأة مائلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال ، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجورة فى هذا المعنى على التأبيد ، مع أن ما يلحقها من العار فى إلقاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق إلى أوليائها ، لكن يكفى فى ذلك أن يكون للأولياء الفسخ أو الحسبة ، والمسئلة محتملة كما ترى ، لكن الذى يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لايجوز ، فإذا كان لايجوز عليه،عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى فى هذه المسئلة يقتضى أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواترا أو قريبا من التواتر ثم لم ينقل، فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين : إما أنه ليست الولاية شرطا فى صحة النكاح وإنما للأولياء الحسبة فى ذلك ، وأما إن كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولى وأصنافهم ومراتبهم ، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولى الأبعد مع وجود الأقرب .

(الموضع الثانى) وأما النظر فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها ، فإنهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الإسلام والبلوغ والذكورة ، وأن سوالبها أضداد هذه : أعنى الكفر والصغر والأنوثة ؛ واختلفوا فى ثلاثة : فى العبد والفاسق والسفيه . فأما العبد فالأكثر على منع ولايته ، وجوزها أبوحنيفة . وأما الرشد فالمشهور فى المذهب : أعنى عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها : أعنى الولاية ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : ذلك من شرطها ؛ وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى ، وبقول الشافعى قال أشهب وأبو مصعب . وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال ؛ فمن رأى أنه قد يوجب الرشد فى هذه الولاية مع عدمه فى المال قال : ليس من شرطه أن يكون رشيدا فى المال ؛ ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال : لابد من الرشد فى المال ، وهما قسمان كما ترى ، أعنى أن الرشد فى المال غير الرشد فى اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فإنما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى : أعنى هذه الولاية ، فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لايختار لها الكفاءة . وقد يمكن أن يقال إن الحالة التى بها يختار الأولياء لولياتهم الكفء غير حالة العدالة وهى خوف لحوق العار بهم ، وهذه هى موجودة بالطبع ، وتلك العدالة

الأخرى مكتسبة ، ولنقص العبد يدخل الخلاف فى ولايته كما يدخل فى عدالته .

(الموضع الثالث) وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهى نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ، ومجرد الإسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنيئة . واختلفوا فى الوصى ؛ فقال مالك : يكون الوصى وليا ، ومنع ذلك الشافعى . وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستناب فيها ، أم ليس يمكن ذلك ؟ . ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى الوكالة فى النكاح ، لكن الجمهور على جوازها إلا أبا ثور ، ولا فرق بين الوكالة والإيصاء ، لأن الوصى وكيل بعد الموت ، والوكالة تنقطع بالموت . واختلفوا فى ترتيب الولاية من النسب ، فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن ، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا ثم الآباء ثم الإخوة للأب والأم ثم للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط ثم الأجداد للأب وإن علوا . وقال المغيرة : الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه ليس من أصل[1] ثم العمومة على ترتيب الإخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الأعلى عنده أحق من الأسفل ، والوصى عنده أولى من ولى النسب : أعنى وصى الأب واختلف أصحابه فيمن هو أولى وصى الأب أو ولى النسب ؟ فقال ابن القاسم الوصى أولى ، مثل قول مالك ؛ وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم : الولى أولى ؛ وخالف الشافعى مالكا فى ولاية البنوة فلم يجزها أصلا ، وفى تقديم الإخوة على الجد فقال : لا ولاية للابن ؛ وروى عن مالك أن الأب أولى من الابن وهو أحسن ؛ وقال أيضا : الجد أولى من الأخ ، وبه قال المغيرة ؛ والشافعى اعتبر التعصيب ، أعنى أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر « لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذى الرأى من أهلها أو السلطان » ولم يعتبره مالك فى الابن لحديث أم سلمة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر ابنها أن ينكحها إياه » ولأنهم اتفقوا : أعنى مالكا والشافعى على أن الابن يرث الولاء الواجب للأم ، والولاء عندهم للعصبة . وسبب اختلافهم فى الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الأخ ؟ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة : أحدها : إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب . والثانية : إذا غاب الأقرب

(١) هكذا بالأصل ، ولعل صوابه : لأنه ليس بأصل ، فليتأمل ، اهـ مصححه .

هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان ؟ . والثالثة : إذا غاب الابن عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لاتنتقل ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) فاختلف فيها قول مالك ، فمرة قال : إن زوّج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ، ومرة قال : النكاح جائز ، ومرة قال : للأقرب أن يجيز أو يفسخ ، وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصي في محجورته ، فإنه لايختلف قوله إن النكاح في هذين مفسوخ ، أعني تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي ؛ وقال الشافعي : لاينعقد أحد مع [حضور الأب لا في بكر ولا في ثيب . وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي : أعني ثابتا] بالشرع في الولاية ، أم ليس بحكم شرعي ؟ وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب ، أم ذلك حق من حقوق الله ؟ فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال : يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ؛ ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه حق للولي قال : النكاح منعقد ، فإن أجازه الولي جاز ، وإن لم يجزه انفسخ ؛ ومن رأى أنه حق لله قال : النكاح غير منعقد ، وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب ؛ أعني أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد .

(وأما المسئلة الثانية) فإن مالكا يقول : إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد ؛ وقال الشافعي : تنتقل إلى السلطان . وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا ؟ وذلك أنه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الأب عن ابنته البكر ، فإن في المذهب فيها تفصيلا واختلافا ، وذلك راجع إلى بعد المكان وطول الغيبة أو قربه والجهل بمكانه أو العلم به . وحاجة البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة ، وإما لما يخاف عليها من عدم الصون ، وإما للأمرين جميعا ؛ فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع أو أسيرا وكانت في صون وتحت نفقة أنها إن لم تدع إلى التزويج لاتزوج وإن دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه . واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا إذا كان بعيدا ، فقيل تزوج وهو قول مالك ؛ وقيل لاتزوج ، وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما إن

علمت النفقة أو كانت فى غير صون فإنها تزوج أيضا فى هذه الأحوال الثلاثة : أعنى فى الغيبة البعيدة ، وفى الأسر ، والجهل بمكانه ؛ وكذلك إن اجتمع الأمران فإذا كانت فى غير صون تزوج وإن لم تدع إلى ذلك ؛ ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لاتزوج فى الغيبة القريبة المعلومة لمكان إمكان مخاطبته ، وليس يبعد بحسب النظر المصلحى الذى انبنى عليه هذا النظر أن يقال إن ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وإن كان الموضع قريبا ؛ وإذا قلنا إنه تجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب ؛ فإن جعلت امرأة أمرها إلى وليين فزوجها كل واحد منهما ، فإنه لايخلو أن تكون تقدم أحدهما فى العقد على الآخر أو يكونا عقدا معا ، ثم لايخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم ، فأما إذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للأول إذا لم يدخل بها واحد منهما . واختلفوا إذا دخل الثانى ؛ فقال قوم هى للأول ؛ وقال قوم هى للثانى ، وهو قول مالك وابن القاسم ، وبالأول قال الشافعى وابن عبد الحكم ؛ وأما إن أنكحاها معا فلا خلاف فى فسخ النكاح فيما أعرف . وسبب الخلاف فى اعتبار الدخول أو لااعتباره معارضة العموم للقياس ، وذلك أنه قد روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا » فعموم هذا الحديث يقتضى أنها للأول دخل بها الثانى أو لم يدخل ؛ ومن اعتبر الدخول فتشبيها بفوات السلعة فى البيع المكروه وهو ضعيف . وأما إن لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ؛ وقال مالك: يفسخ ما لم يدخل أحدهما؛ وقال شريح : تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج ، وهو شاذ ، وقد روى عن عمر بن عبد العزيز .

(الموضع الرابع : فى عضل الأولياء) واتفقوا على أنه ليس للولى أن يعضل وليته إذا دعت إلى كفء وبصداق مثلها وأنها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها ما عدا الأب ، فإنه اختلف فيه المذهب . واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هى الكفاءة المعتبرة فى ذلك وهل صداق المثل منها أم لا ؟ وكذلك اتفقوا على أن للمرأة أن تمنع نفسها من إنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالأب فى ابنته البكر . أما غير البالغ باتفاق ، والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم ، وكذلك الوصى فى محجوره على القول بالجبر .

فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبر فى ذلك إلا ما روى عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين ، ولم يختلف المذهب أن البكر إذا زوّجها الأب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها أن تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم فى ذلك فيفرق بينهما ، وكذلك إن زوّجها ممن ماله حرام ، أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق . واختلفوا فى النسب هل هو من الكفاءة أم لا ؟ وفى الحرية وفى اليسار وفى الصحة من العيوب ، فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالى من العرب وأنه احتج لذلك بقوله تعالى - إنَّ أكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أتْقَاكُمْ - وقال سفيان الثورى وأحمد : لاتزوج العربية من مولى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لاتزوج قرشية إلا من قرشى ، ولا عربية إلا من عربى . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِدِينِهَا وَجَمالِهَا وَمالِهَا وَحَسَبِهَا فاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَمِينُكَ » فمنهم من رأى أن الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « فعليك بذات الدين تربت يمينك » ومنهم من رأى أن الحسب فى ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال ، وأنه لايخرج من ذلك إلا ما أخرجه الإجماع ، وهو كون الحسن ليس من الكفاءة ، وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة ، وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر بجهة مَّا ، ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ إنكاح الأب ابنته البكر ، أعنى إذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ، ولم ير ذلك أبو حنيفة . أما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة لكون السنة الثابتة لتخيير الأمة إذا عتقت . وأما مهر المثل فإن مالكا والشافعى يريان أنه ليس من الكفاءة ، وأن للأب أن ينكح ابنته بأقل من صداق المثل : أعنى البكر ، وأن الثيب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال ؛ وقال أبو حنيفة : مهر المثل من الكفاءة . وسبب اختلافهم أما فى الأب فلاختلافهم هل له أن يضع من صداق ابنته البكر شيئا أم لا ؟ . وأما فى الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية فى مقدار الصداق إذا كانت رشيدة كما ترتفع فى سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق إذ كانت لاترتفع

عنها فى التصرف فى النكاح ، والصداق من أسبابه ، وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها ، لكن أتى الأمر بالعكس . ويتعلق بأحكام الولاية مسئلة مشهورة ، وهى هل يجوز للولى أن ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك ؟ فمنع ذلك الشافعى قياسا على الحاكم والشاهد ، أعنى أنه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه ، وأجاز ذلك مالك ولا أعلم له حجة فى ذلك إلا ما روى من « أنه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير ولى » لأن ابنها كان صغيرا ، وما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية فجعل صداقها عتقها » . والأصل عند الشافعى فى أنكحة النبى عليه الصلاة والسلام أنها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته فى هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ، ولكن تردد قوله فى الإمام الأعظم .

الفصل الثانى فى الشهادة

واتفق أبو حنيفة والشافعى ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح ، واختلفوا هل هى شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد ; واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر ؟ فقال مالك : هو سر ويفسخ ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : ليس بسر . وسبب اختلافهم هل الشهادة فى ذلك حكم شرعى أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ؟ فمن قال حكم شرعى قال : هى شرط من شروط الصحة ؛ ومن قال توثق قال : من شروط التمام . والأصل فى هذا ما روى عن ابن عباس « لا نكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد » ولا مخالف له من الصحابة ، وكثير من الناس رأى هذا داخلا فى باب الإجماع وهو ضعيف ، وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدارقطنى ، وذكر أن فى سنده مجاهيل ؛ وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين ، لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط ؛ والشافعى يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين : أعنى الإعلان والقبول ، ولذلك اشترط فيها العدالة ؛ وأما مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وصى الشاهدان بالكتمان . وسبب اختلافهم هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا ؟

والأصل فى اشتراط الإعلان قول النبى عليه الصلاة والسلام « أعْلِنُوا هَذَا النِّكاح واضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ » خرّجه أبو داود ، وقال عمر فيه : هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت : وقال أبو ثور وجماعة : ليس الشهود من شرط النكاح ، لاشرط صحة ولا شرط تمام ، وفعل ذلك الحسن بن على ، روى عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح .

الفصل الثالث فى الصداق

والنظر فى الصداق فى ستة مواضع : الأول : فى حكمه وأركانه . الموضع الثانى فى تقرر جميعه للزوجة . الموضع الثالث : فى تشطيره . الموضع الرابع : فى التفويض وحكمه . الموضع الخامس : الأصدقة الفاسدة وحكمها . الموضع السادس : فى اختلاف الزوجين فى الصداق .

(الموضع الأول) وهذا الموضع فيه أربع مسائل : الأولى : فى حكمه ، الثانية : فى قدره . الثالثة : فى جنسه ووصفه . الرابعة : فى تأجيله .

(المسئلة الأولى) أما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لايجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى ـ وآتُوا النِّساء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ـ وقوله تعالى ـ فانْكِحُوهُنَّ بِإذْنِ أهْلِهِنَّ وآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ـ .

(المسئلة الثانية) وأما قدره فإنهم اتفقوا على أنه ليس لأكثره حد . واختلفوا فى أقله ؛ فقال الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين : ليس لأقله حد ، وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشىء جاز أن يكون صداقا ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك ؛ وقال طائفة بوجوب تحديد أقله ، وهؤلاء اختلفوا ، فالمشهور فى ذلك مذهبان : أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثانى مذهب أبى حنيفة وأصحابه ؛ فأما مالك فقال : أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة ، أو ماساوى الدراهم الثلاثة ، أعنى دراهم الكيل فقط فى المشهور ؛ وقيل أو ما يساوى أحدهما ؛ وقال أبو حنيفة : عشرة دراهم أقله ؛ وقيل خمسة دراهم ؛ وقيل أربعون درهما . وسبب اختلافهم فى التقدير سببان : أحدهما تردده بين أن يكون عوضا من الأعواض يعتبر فيه التراضى بالقليل كان أو بالكثير كالحال فى البيوعات ، وبين أن يكون عبادة

فيكون مؤقتا ، وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ، ومن جهة أنه لايجوز التراضى على إسقاطه يشبه العبادة . والسبب الثانى معارضة هذا القياس ، فالمقتضى التحديد لمفهوم الأثر الذى لايقتضى التحديد . أما القياس الذى يقتضى التحديد فهو كما قلنا إنه عبادة والعبادات مؤقتة . وأما الأثر الذى يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدى المتفق على صحته ، وفيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إنى قد وهبت نفسى لك ، فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هَلْ مَعَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُهَا إِيَّاهُ ؟ فقال . ما عندى إلا إزارى ، فقال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم : إنْ أعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لاإِزَارَ لكَ فالْتَمِسْ شَيْئًا ، فقال : لاأجد شيئا ، فقال عليه الصلاة والسلام : الْتَمِسْ وَلَوْ خاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ القرآن ؟ قال : نعم ، سُورة كذا وسورة كذا ـ لسور سماها ـ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قَدْ أنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ » قالوا : فقوله عليه الصلاة والسلام « التمس ولو خاتما من حديد » دليل على أنه لاقدر لأقله لأنه لو كان له قدر لبينه إذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهذا الاستدلال بيِّن كما ترى مع أن القياس الذى اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته ، وذلك أنه انبنى على مقدمتين : إحداهما أن الصداق عبادة ، والثانية أن العبادة مؤقتة ، وفى كليهما نزاع للخصم ، وذلك أنه قد يلفى فى الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة ، بل الواجب فيها هو أقل ماينطلق عليه الاسم . وأيضا فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصا ، وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الأثر لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه « قد أنكحتكها بما معك من القرآن » وهذا خلاف للأصول ، وإن كان قد جاء فى بعض رواياته أنه قال « قُمْ فَعَلِّمْهَا » لما ذكر أنه معه من القرآن ، فقام فعلمها ، فجاء نكاحا بإجارة ، لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر

الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما . وذلك أن القياس الذى استعملوه فى ذلك هو أنهم قالوا : عضو مستباح بمال ، فوجب أن يكون مقدرا أصله القطع ، وضعف هذا القياس هو من قبل الاستباحة فيهما هى مقولة باشتراك الاسم ، وذلك أن القطع غير الوطء ، وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى ونقص خلقه ، وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ، ومن شأنه قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذى به تشابه الفرع والأصل شيئا واحدا لا باللفظ بل بالمعنى ، وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه ، وهذا كله معدوم فى هذا القياس ، ومع هذا فإنه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين ، لكن لم يستعملوا هذا القياس فى إثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو فى غاية الضعف ، وإنما استعملوه فى تعيين قدر التحديد . وأما القياس الذى استعملوه فى معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ، ويشهد لعدم التحديد ما خرّجه الترمذى « أن امرأة تزوجت على نعلين ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَرَضِيتِ مِنْ نَفْسِكِ وَمَالِكِ بِنَعْلَيْنِ ؟ فقالت نعم ، فجوّز نكاحها » وقال هو حديث حسن صحيح . ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة ، فقال مالك : هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، لأنه النصاب فى السرقة عنده ؛ وقال أبو حنيفة : هو عشرة دراهم ، لأنه النصاب فى السرقة عنده ؛ وقال ابن شبرمة : هو خمسة دراهم ، لأنه النصاب عنده أيضا فى السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محددا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « لَامَهْرَ بِأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ » ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لأنه كان يجب لموضع هذا الحدث أن يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص ، لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فإنه يرويه ، قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطأة عن عطاء عن جابر ، ومبشر والحجاج ضعيفان ، وعطاء أيضا لم يلق جابرا ، ولذلك لا يمكن أن يقال إن هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسئلة الثالثة) أما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وأن يكون عوضا . واختلفوا من ذلك فى مكانين : فى النكاح بالإجارة ، وفى جعل عتق أمته صداقها . أما النكاح على الإجارة فى المذهب فيه ثلاثة أقوال : قول بالإجازة ، وقول بالمنع ، وقول بالكراهة : والمشهور عن مالك الكراهة ، ولذلك رأى فسخه قبل الدخول ، وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون ، وهو قول الشافعى ، ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة إلا فى العبد فإن أبا حنيفة أجازه . وسبب اختلافهم سببان : أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الأمر بالعكس ؟ فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى - إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَىَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ - الآية ؛ ومن قال ليس بلازم قال : لايجوز النكاح بالإجارة . والسبب الثانى هل يجوز أن يقاس النكاح فى ذلك على الإجارة ؟ وذلك أن الإجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ، ولذلك خالف فيها الأصم وابن علية ، وذلك أن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة ، والإجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها . ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الأجرة على المستأجر ؛ وأما كون العتق صداقاً فإنه منعه فقهاء الأمصار ماعدا داود وأحمد . وسبب اختلافهم معارضة الأثر الوارد فى ذلك للأصول ، أعنى ما ثبت من « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية وجعل عتقها صداقها » مع احتمال أن يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه فى هذا الباب ، ووجه مفارقته للأصول أن العتق إزالة ملك ، والإزالة لاتتضمن استباحة الشىء بوجه آخر لأنها إذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ؟ ولذلك قال الشافعى : إنها إن كرهت زواجه غرمت له قيمتها ، لأنه رأى أنها قد أتلفت عليه قيمتها إذ كان إنما أتلفها بشرط الاستمتاع بها ، وهذا كله لايعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ، ولو كان غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام . والأصل أن أفعاله لازمة لنا ، إلا ما قام الدليل على خصوصيته . وأما صفة الصداق فإنهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العوض المعين الموصوف ، أعنى المنضبط جنسه وقدره بالوصف .

واختلفوا فى العوض الغير موصوف ولا معين ، مثل أن يقول أنكحتكها على عبد أو خادم ، من غير أن يصف ذلك وصفا يضبط قيمته ، فقال مالك وأبو حنيفة يجوز ؛ وقال الشافعى لايجوز ؛ وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى ؛ وقال أبو حنيفة : يجبر على القيمة . وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح فى ذلك مجرى البيع من القصد فى التشاح ، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة ؟ فمن قال يجرى فى التشاح مجرى البيع قال : كما لايجوز البيع على شىء غير موصوف كذلك لايجوز النكاح ؛ ومن قال ليس يجرى مجراه إذ المقصود منه إنما هو المكارمة قال : يجوز . وأما التأجيل فإن قوما لم يجيزوه أصلا ، وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئا منه إذا أراد الدخول وهو مذهب مالك ؛ والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه إلا لزمن محدود وقدر هذا البعد ، وهو مذهب مالك ؛ ومنهم من أجازه لموت أو فراق ، وهو مذهب الأوزاعى . وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع فى التأجيل أو لايشبهه ؟ فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ؛ ومن قال لايشبهه أجاز ذلك ؛ ومن منع التأجيل فلكونه عبادة .

(الموضع الثانى : فى النظر فى التقرر) واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى ـ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ـ الآية . وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا إلا انعقاد الإجماع على ذلك . واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه ، بل يجب بالدخول والخلوة ، وهو الذى يعنون بإرخاء الستور ؟ فقال مالك والشافعى وداود : لايجب بارخاء الستور إلا نصف المهر ما لم يكن المسيس ؛ وقال أبو حنيفة ؛ يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرما أو مريضا أو صائما فى رمضان أو كانت المرأة حائضا ؛ وقال ابن أبى ليلى : يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط فى ذلك شيئا . وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حكم الصحابة فى ذلك لظاهر الكتاب ، وذلك أنه نص تبارك وتعالى فى المدخول بها المنكوحة أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها

شيء فى قوله تعالى ـ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ـ ونص فى المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق ، فقال تعالى ـ وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ـ وهذا نص كما ترى فى حكم كل واحدة من هاتين الحالتين : أعنى قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما ، فوجب بهذا إيجابا ظاهرا أن الصداق لايجب إلا بالمسيس ، والمسيس ههنا الظاهر من أمره أنه الجماع ، وقد يحتمل أن يحمل على أصله فى اللغة وهو المس ، ولعل هذا هو الذى تأولت الصحابة ، ولذلك قال مالك فى العنين المؤجل إنه قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق لطول مقامه معها ، فجعل له دون الجماع تأثيرا فى إيجاب الصداق . وأما الأحكام الواردة فى ذلك عن الصحابة فهو أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم فى ذلك فيما حكموا . واختلفوا من هذا الباب فى فرع ، وهو إذا اختلفا فى المسيس أعنى القائلين باشتراط المسيس ، وذلك مثل أن تدعى هى المسيس وينكر هو ، فالمشهور عن مالك أن القول قولها ؛ وقيل إن كان دخول بناء صدقت ، وإن كان دخول زيارة لم تصدق ؛ وقيل إن كانت بكرا نظر إليها النساء ، فيتحصل فيها فى المذهب ثلاثة أقوال ؛ وقال الشافعى وأهل الظاهر : القول قوله ، وذلك لأنه مدعى عليه ؛ ومالك ليس يعتبر فى وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه ، بل من جهة ما هو أقوى شبهة فى الأكثر ، ولذلك يجعل القول فى مواضع كثيرة قول المدعى إذا كان أقوى شبهة . وهذا الخلاف يرجع إلى هل إيجاب اليمين على المدعى عليه معلل أو غير معلل ، وكذلك القول فى وجوب البينة على المدعى ، وسيأتى هذا فى مكانه .

(الموضع الثالث : فى التشطير) واتفقوا اتفاقا مجملا أنه إذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى ـ فنصف ما فرضتم ـ الآية . والنظر فى التشطير فى أصول ثلاثة : فى محله من الأنكحة ؛ وفى موجبه من أنواع الطلاق : أعنى الواقع قبل الدخول ، وفى حكم ما يعرض له من التغييرات قبل الطلاق . أما محله من النكاح عند مالك

فهو النكاح الصحيح ، أعنى أن يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول فى النكاح الصحيح . وأما النكاح الفاسد ، فإن لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ فنى ذلك قولان . وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذى يكون باختيار من الزوج لاباختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه . واختلفوا من هذا الباب فى الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ، ولا فرق بينه وبين [القيام بالعيب . وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف أنها ليست توجب التشطير إذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق ، وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة ، وليس لها فى ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فإن لم يكن لأحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير وإن كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير . والذى يقتضيه مذهب أهل الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه ، وأن ما كان فسخا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه . وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة ؛ فن قال إنها معقولة المعنى وأنه إنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال فى المشترى فلما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قال : إذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شىء لأنها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ، ومن قال إنها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال : يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه أو سببها . فأما حكم ما يعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق فإن ذلك لايخلو أن يكون من قبلها أو من الله ، فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه : إما أن يكون تلفا للكل ، وإما أن يكون نقصا ، وإما أن يكون زيادة ، وأما أن يكون زيادة ونقصا معا . وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة ، أو يكون تصرفها فيه فى منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به إلى زوجها ؛ فعند مالك أنهما فى التلف وفى الزيادة وفى النقصان شريكان ؛ وعند الشافعى أنه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف

ولا يرجع بنصف الزيادة . وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقرا أو لاتملكه ؟ فمن قال إنها لاتملكه ملكا مستقرا قال : هما فيه شريكان ما لم تتعد فتدخله فى منافعها ؛ ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ماذهب عندها ؛ ولم يختلفوا أنها إذا صرفته فى منافعها ضامنة للنصف . واختلفوا إذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذى هو الثمن ؟ فقال مالك : يرجع عليها بنصف ما اشترته ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : يرجع عليها بنصف الثمن الذى هو الصداق . واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للأب أن يعفو عن نصف الصداق فى ابنته البكر ؟ أعنى إذا طلقت قبل الدخول وللسيد فى أمته ؟ فقال مالك : ذلك له ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : ليس ذلك له . وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى ـ إلاَّ أنْ يَعْفُونَ أوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ ـ وذلك فى لفظة «يعفو» فإنها تقال فى كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب ؛ وفى قوله «الذى بيده عقدة النكاح» على من يعود هذا الضمير هل على الولى أو على الزوج ؛ فمن قال على الزوج جعل «يعفو» بمعنى يهب ومن قال على الولى جعل «يعفو» بمعنى يسقط . وشذ قوم فقالوا : لكل ولى أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ، ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان فى الآية على السواء ، لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا فى الآية : أى شرعا زائدا ، لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع . ومن جعله الولى ، إما الأب وإما غيره فقد زاد شرعا ، فلذلك يجب عليه أن يأتى بدليل يبين به أن الآية أظهر فى الولى منها فى الزوج وذلك شىء يعسر ؛ والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها ؛ وشذ قوم فقالوا : يجوز أن تهب مصيرا لعموم قوله تعالى ـ إلاَّ أن يعفون ـ . واختلفوا من هذا الباب فى المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول ؛ فقال مالك : ليس يرجع عليها بشىء ؛ وقال الشافعى : يرجع عليها بنصف الصداق .

وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو فى عين الصداق أو فى ذمة المرأة ؟ فمن قال فى عين الصداق قال : لايرجع عليها بشىء لأنه قبض الصداق كله ؛ ومن قال هو فى ذمة المرأة قال : يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها : وفرق أبو حنيفة فى هذه المسئلة بين القبض ولا قبض ، فقال : إن قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شىء كأنه رأى أن الحق فى العين ما لم تقبض ، فإذا قبضت صار فى الذمة .

(الموضع الرابع : فى التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى ـ لَاجُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ـ . واختلفوا من ذلك فى موضعين : أحدهما إذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا فى القدر . الموضع الثانى : إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) وهى إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرا ، فقالت طائفة : يفرض لها مهر مثلها ، وليس للزوج فى ذلك خيار ، فإن طلق بعد الحكم ، فمن هؤلاء من قال : لها نصف الصداق ؛ ومنهم من قال : ليس لها شىء ، لأن أصل الفرض لم يكن فى عقدة النكاح ، وهو قول أبى حنيفة وأصحابه ؛ وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارات ثلاث : إما أن يطلق ولا يفرض ، وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة به ، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها . وسبب اختلافهم ، أعنى بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج إذا طلق بعد طلبها الفرض ، ومن لايوجب اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى ـ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ـ هل هذا محمول على العموم فى سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم فى فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف فى ذلك ، وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر فى كل حال ، أو لايفهم ذلك ؟ فيه احتمال وإن كان الأظهر سقوطه فى كل حال لقوله تعالى ـ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ـ ولا خلاف أعلمه فى أنه إذا طلق ابتداء أنه ليس عليه شىء ، وقد كان يجب على من أوجب

لها المتعة مع شطر الصداق إذا طلق قبل الدخول فى نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل فى نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل ، لأن الآية لم تتعرض بمفهومها لإسقاط الصداق فى نكاح التفويض ، وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب فواجب أن يتشطر إذا وقع الطلاق كما يتشطر فى المسمى ، ولهذا قال مالك إنه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

(وأما المسئلة الثانية) وهى إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها ، فإن مالكا وأصحابه والأوزاعى قالوا : ليس لها صداق ولها المتعة والميراث . وقال أبو حنيفة : لها صداق المثل والميراث وبه وقال أحمد وداود ، وعن الشافعى القولان جميعا ، إلا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر . أما الأثر فهو ما روى عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسئلة فقال : أقول فيها برأيى فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فمنى : أرى لها صداق امرأة من نسائها لاوكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن يسار الأشجعى فقال : أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بَرْوَع بنت واشق ، خرجه أبو داود والنسائى والترمذى وصححه . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض ، فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع . وقال المزنى عن الشافعى فى هذه المسئلة : إن ثبت حديث بروع فلا حجة فى قول أحد مع السنة ، والذى قاله هو الصواب والله أعلم .

(الموضع الخامس : فى الأصدقة الفاسدة) والصداق يفسد إما لعينه وإما لصفة فيه من جهل أو عذر ، فالذى يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لايجوز أن يتملك ، والذى يفسد من قبل العذر والجهل فالأصل فيه بالبيوع ، وفى ذلك خمس مسائل مشهورة :

(المسئلة الأولى) إذا كان الصداق خمرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيرا شاردا ، فقال أبو حنيفة : العقد صحيح إذا وقع فيه مهر المثل ؛ وعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبى عبيد . والثانية أنه إن دخل ثبت ولها صداق المثل . وسبب اختلافهم هل حكم النكاح فى ذلك حكم البيع أم ليس كذلك ؟ فمن قال حكمه حكم البيع

قال : يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن، ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطا فى صحة العقد قال : يمضى النكاح ويصحح بصداق المثل ، والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف ، والذى تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع ، ولست أذكر الآن فيه نصا.

(المسئلة الثانية) واختلفوا إذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع إليه عبدا ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق ، فمنعه مالك وابن القاسم ، وبه قال أبو ثور ، وأجازه أشهب ، وهو قول أبى حنيفة؛ وفرق عبد الله فقال : إن كان الباقى بعد البيع ربع دينار فصاعدا بأمر لايشك فيه جاز . واختلف فيه قول الشافعى ، فمرة قال : ذلك جائز ، ومرة قال: فيه مهر المثل. وسبب اختلافهم هل النكاح فى ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيه ؟ فمن شبهه فى ذلك بالبيع منعه ، ومن جوز فى النكاح من الجهل ما لايجوز فى البيع قال يجوز .

(المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه فى صداقها حباء يحابى به الأب على ثلاثة أقوال : فقال أبو حنيفة وأصحابه : الشرط لازم والصداق صحيح ؛ وقال الشافعى : المهر فاسد ولها صداق المثل ؛ وقال مالك: إذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته ، وإن كان بعد النكاح فهو له . وسبب اختلافهم تشبيه النكاح فى ذلك بالبيع ، فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباء قال : لايجوز النكاح كما لايجوز البيع ؛ ومن جعل النكاح فى ذلك مخالفا للبيع قال : يجوز . وأما تفريق مالك فلأنه اتهمه إذا كان الشرط فى عقد النكاح أن يكون ذلك الذى اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ، ولم يتهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق ، وقول مالك هو قول عمر ابن عبد العزيز والثورى وأبى عبيد . وخرج أبو داود والنسائى وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ عَلَى حِباءٍ قَبْلَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لَهَا ، وَمَا كانَ بَعْدَ عِصْمَةِ النِّكاحِ فَهُوَ لِمَنْ أُعْطِيَهُ ، وأَحَقُّ ما أُكْرِمَ الرَّجُلُ عَلَيْهِ ابْنَتُهُ وأُخْتُهُ » وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من

قيل أنه صحفه ، ولكنه نص فى قول مالك . وقال أبو عمر بن عبد البر : إذا روته الثقات وجب العمل به .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا فى الصداق يستحق أو يوجد به عيب ، فقال الجمهور : النكاح ثابت . واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل ؟ واختلف فى ذلك قول الشافعى . فقال مرة بالقيمة ، وقال مرة بمهر المثل ؛ وكذلك اختلف المذهب فى ذلك ، فقيل ترجع بالقيمة ، وقيل ترجع بالمثل . قال أبو الحسن اللخمى : ولو قيل ترجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجها . وشذ سحنون فقال : النكاح فاسد . ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح فى ذلك البيع أو لا يشبهه ؟ فمن شبهه قال : ينفسخ ؛ ومن لم يشبهه قال : لا ينفسخ .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا فى الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف إن لم يكن له زوجة ، وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان ، فقال الجمهور بجوازه . واختلفوا فى الواجب فى ذلك ، فقال قوم : الشرط جائز ، ولها من الصداق بحسب ما اشترط ؛ وقالت طائفة : لها مهر المثل ، وهو قول الشافعى وبه قال أبو ثور ، إلا أنه قال : إن طلقها قبل الدخول لم يكن لها إلا المتعة ؛ وقال أبو حنيفة : إن كانت له امرأة فلها ألف درهم ، وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الألفين أو أقل من الألف ؛ ويتخرج فى هذا قول أن النكاح مفسوخ لمكان الغرر ، ولست أذكر الآن نصا فيها فى المذهب فهذه مشهور مسائلهم فى هذا الباب وفروعه كثيرة . . واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل إذا قضى به فى هذه المواضع وما أشبهها ، فقال مالك : يعتبر فى جمالها ونصابها [1] ومالها ؛ وقال الشافعى : يعتبر بنساء عصبتها فقط ؛ وقال أبو حنيفة : يعتبر فى ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ، ومبنى الخلاف هل المماثلة فى المنصب فقط أو فى المنصب والمال والجمال ، لقوله عليه الصلاة والسلام « تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها » الحديث .

(الموضع السادس : فى اختلاف الزوجين فى الصداق) واختلافهم لا يخلو أن يكون فى القبض أو فى القدر أو فى الجنس أو فى الوقت : أعنى وقت الوجوب

(١) قوله ونصابها : هكذا فى النسخ ولعله منصبها فتأمل اهـ مصححه .

فأما إذا اختلفا فى القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة ، فإن الفقهاء اختلفوا فى ذلك اختلافا كثيرا ، فقال مالك : إنه إن كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف ، وإن نكلا جميعا كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعا ، ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله ، وإن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج ؛ وقالت طائفة : القول قول الزوج مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وابن أبى ليلى وابن شبرمة وجماعة؛ وقالت طائفة : القول قول الزوجة إلى مهر مثلها ، وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ؛ وقالت طائفة : إذا اختلفا تحالفا ورجع إلى مهر المثل ولم تر الفسخ كمالك ، وهو مذهب الشافعى والثورى وجماعة ، وقد قيل إنها ترد إلى صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو . واختلافهم مبنى على اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » هل ذلك معلل أو غير معلل ؟ فمن قال معلل قال : يحلف أبدا أقواهما شبهة ، فإن استويا تحالفا وتفاسخا ، ومن قال غير معلل قال : يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدرا زائدا فهو مدعى عليه ؛ وقيل أيضا يتحالفان أبدا ، لأن كل واحد منهما مدعى عليه ، وذلك عند من لم يراع الأشباه ، والخلاف فى ذلك فى المذهب ومن قال القول قولها إلى مهر المثل ، والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبدا فى الدعوى ، بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة ، وذلك أنه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها ، أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله . وسبب اختلاف مالك والشافعى فى التفاسخ بعد التحالف والرجوع إلى صداق المثل ، هو هل يشبه النكاح بالبيع فى ذلك أم ليس يشبه ؟ فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ ؛ ومن قال لا يشبه ، لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال : بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يتراضيا على شىء ولا أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويرضى به فهو فى غاية الضعف ؛ ومن ذهب إلى هذا فإنما يشبه باللعان ، وهو تشبيه ضعيف

مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما إذا اختلفا فى القبض فقالت الزوجة لم أقبض ، وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور : القول قول المرأة الشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور ؛ وقال مالك : القول قولها قبل الدخول ، والقول قوله بعد الدخول ؛ وقال بعض أصحابه : إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لايدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبدا ؛ والقول بأن القول قولها أبدا أحسن لأنها مدعى عليها ، ولكن مالك راعى قوة الشبهة التى له إذا دخل بها الزوج ؛ واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين أحسن . وأما إذا اختلف فى جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد ، وقالت هى زوجتك على هذا الثوب ، فالمشهور فى المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء وإن كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق مثل مالم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به ؛ وقال ابن القصار : يتحالفان قبل الدخول ، والقول قول الزوج بعد الدخول ؛ وقال أصبغ : القول قول الزوج إن كان يشبه سواء أشبه قولهما أو لم يشبه ، فإن لم يشبه قول الزوج فإن كان قولها مشبها كان القول قولها ، وإن لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل ؛ وقول الشافعى فى هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهما فى القدر : أعنى يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل . وسبب هول الفقهاء بالتفاسخ فى البيع ستعرف أصله فى كتاب البيوع إن شاء الله . وأما اختلافهم فى الوقت فإنه يتصور فى الكالئ . والذى يجىء على أصل قول مالك فيه فى المشهور عنه أن القول فى الأجل قول الغارم قياسا على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضا متى يجب هل قبل الدخول أو بعده ؟ فمن شبه النكاح بالبيوع قال : لايجب إلا بعد الدخول قياسا على البيع إذ لايجب الثمن على المشترى إلا بعد قبض السلعة ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط فى الحلية قال : يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق .

(الركن الثالث : فى معرفة محل العقد) وكل امرأة فإنها تحل فى الشرع بوجهين : إما بنكاح ، أو بملك يمين . والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولا

إلى قسمين : موانع مؤبدة ، وموانع غير مؤبدة . والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ، ومختلف فيها . فالمتفق عليها ثلاث : نسب ، وصهر ، ورضاع . والمختلف فيها الزنى ، واللعان والغير مؤبدة تنقسم إلى تسعة : أحدها مانع العدد . والثانى : مانع الجمع . والثالث : مانع الرق والرابع : مانع الكفر والخامس : مانع الإحرام . والسادس . مانع المرض . والسابع : مانع العدة على اختلاف فى عدم تأبيده . والثامن : مانع التطليق ثلاثا للمطلق . والتاسع : مانع الزوجية . فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ، ففى هذا الباب أربعة عشر فصلا .

الفصل الأول فى مانع النسب

واتفقوا على أن النساء اللائى يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات فى القرآن : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت. واتفقوا على أن الأم ههنا : اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب ؛ والبنت : اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة ؛ وأما الأخت : فهى اسم لكل أنثى شاركتك فى أحد أصليك أو مجموعيهما أعنى الأب أو الأم أو كليهما ؛ والعمة : اسم لكل أنثى هى أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة ؛ وأما الخالة : فهى اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة ؛ وبنات الأخ : اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة ؛ وبنات الأخت : اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها . فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ، ولا خلاف أعلمه فى هذه الجملة . والأصل فيها قوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ) إلى آخر الآية . وأجمعوا على أن النسب الذى يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين .

الفصل الثانى فى المصاهرة

وأما المحرمات بالمصاهرة فإنهن أربع : زوجات الآباء ، والأصل فيه قوله تعالى — ولا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ مِنَ النِّساءِ — الآية ، وزوجات

الأبناء . والأصل فى ذلك أيضا قوله تعالى ـ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ـ وأمهات النساء أيضا ، والأصل فى ذلك قوله تعالى ـ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ـ . وبنات الزوجات ، والأصل فيه قوله تعالى ـ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ـ فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد ، وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء ، وواحدة بالدخول وهى ابنة الزوجة . واختلفوا منها فى موضعين : أحدهما هل من شرطها أن تكون فى حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للأم للذة أو بالوطء ؟ . وأما أم الزوجة فإنهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط ؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب فى مسئلة رابعة ، وهى هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة ؛ فهنا أربع مسائل .

(المسئلة الأولى) وهى هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون فى حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه ؟ فإن الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم ؛ وقال داود ذلك من شرطه ؛ ومبنى الخلاف هل قوله تعالى ـ اللاتى فى حجوركم ـ وصف له تأثير فى الحرمة أو ليس له تأثير ، وإنما خرج مخرج الموجود أكثر ؟ فمن قال خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطا فى الربائب ، إذ لافرق فى ذلك بين التى فى حجره أو التى ليست فى حجره قال : تحرم الربيبة بإطلاق ؛ ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال : لاتحرم إلا إذا كانت فى حجره .

(المسئلة الثانية) وأما هل تحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء ؟ فإنهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء . واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر إلى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرّم أم لا ؟ فقال مالك والثورى وأبو حنيفة والأوزاعى والليث بن سعد : إن اللمس لشهوة يحرم الأم ، وهو أحد قولى الشافعى ؛ وقال داود والمزنى : لايحرمها إلا الوطء وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده ، والنظر عند مالك كاللمس إذا كان نظر تلذذ إلى أى عضو كان ، وفيه عنه خلاف ؛ ووافقه أبو حنيفة فى النظر إلى الفرج فقط ؛ وحمل الثورى النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة ؛

وخالفهم فى ذلك ابن أبى ليلى والشافعى فى أحد قوليه فلم يوجب فى النظر شيئا ، وأوجب فى اللمس . ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول فى قوله تعالى - اللاتى دخلتم بهن - الوطء أو التلذذ بما دون الوطء ؟ فإن كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا ؟ .

(المسئلة الثالثة) وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار إلى أنها تحرم بالعقد على البنت دخل بها أو لم يدخل ، وذهب قوم إلى أن الأم لاتحرم إلا بالدخول على البنت كالحال فى البنت : أعنى أنها لاتحرم إلا بالدخول على الأم ، وهو مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة . ومبنى الخلاف هل الشرط فى قوله تعالى - اللاتى دخلتم بهن - يعود إلى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو إلى الربائب والأمهات المذكورات قبل الربائب فى قوله تعالى - وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن - فإنه يحتمل أن يكون قوله - اللاتى دخلتم بهن - يعود على الأمهات والبنات ، ويحتمل أن يعود إلى أقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « أيما رجل نَكَحَ امْرَأَةً فَدَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ فلا تَحِلُّ لَهُ أُمُّهَا » .

(وأما المسئلة الرابعة) فاختلفوا فى الزنا هل يوجب من التحريم فى هؤلاء ما يوجب الوطء فى نكاح صحيح أو بشبهة ؟ أعنى الذى يدرأ فيه الحد ، فقال الشافعى : الزنا بالمرأة لايحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبى الزانى لها ولا ابنه ؛ وقال أبوحنيفة : والثورى والأوزاعى : يحرم الزنا ما يحرم النكاح وأما مالك فى الموطأ عنه مثل قول الشافعى أنه لايحرم ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبى حنيفة أنه يحرم ؛ وقال سحنون : أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ، ويذهبون إلى ما فى الموطأ ؛ وقد روى عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرّم وهو شاذ . وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح : أعنى فى دلالته على المعنى الشرعى واللغوى ، فمن راعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم - قال : يحرّم الزنا ، ومن راعى الدلالة الشرعية قال : لايحرّم الزنا ،

ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم والبنت وبين الأب والابن قال: يحرّم الزنا أيضا ؛ ومن شبهه بالنسب قال : لايحرّم لإجماع الأكثر على أن النسب لايلحق بالزنا. واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح . واختلفوا فى تأثير المباشرة فى ملك اليمين كما اختلفوا فى النكاح .

الفصل الثالث فى مانع الرضاع

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب : أعنى أن المرضعة تنزل منزلة الأم، فتحرم على المرضع هى وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب . واختلفوا من ذلك فى مسائل كثيرة ،القواعد منها تسع : إحداها : فى مقدار المحرم من اللبن . والثانية فى سن الرضاع . والثالثة فى حال المرضع فى ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا . والرابعة : هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدى أو لايعتبر . والخامسة : هل يعتبر فيه المخالطة أم لايعتبر . والسادسة : هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر والسابعة : هل ينزل صاحب اللبن : أعنى الزوج من المرضع منزلة أب ، وهو الذى يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب . والثامنة : الشهادة على الرضاع . والتاسعة : صفة المرضعة .

(المسئلة الأولى) أما مقدار المحرم من اللبن فإن قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه؛ وروى عن على وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس. وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى ؛ وقالت طائفة: بتحديد القدر المحرم ، وهؤلاء انقسموا إلى ثلاث فرق . فقالت طائفة : لاتحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها . وبه قال أبو عبيد وأبو ثور ؛ وقالت طائفة: المحرم خمس رضعات ، وبه قال الشافعى ؛ وقالت طائفة : عشر رضعات . والسبب فى اختلافهم فى هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة فى التحديد ومعارضة الأحاديث فى ذلك بعضها بعضا . فأما عموم الكتاب فقوله تعالى ـ وأُمَّهاتُكُمُ اللاَّتِى أَرْضَعْنَكُمْ ـ الآية ، وهذا يقتضى ما ينطلق عليه اسم الإرضاع ، والأحاديث المتعارضة فى ذلك راجعة إلى حديثين فى المعنى :

أحدهما حديث عائشة وما فى معناه أنه قال عليه الصلاة والسلام « لاتحرِّم المصَّةُ ولا المَصَّتان أو الرَّضعَةُ والرَّضْعَتَان » خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث، وفيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تُحَرِّمُ الإمْلاجَةُ ولا الإمْلاجَتَان » والحديث الثانى حديث سهلة فى سالم أنه قال لها النبى صلى الله عليه وسلم « أرْضِعيه خَمْسَ رَضَعات » وحديث عائشة فى هذا المعنى أيضا قالت « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن » فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال : تحرم المصة والمصتان ؛ ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب فى قوله عليه الصلاة والسلام « لاتحرم المصة ولا المصتان » على مفهوم دليل الخطاب فى حديث سالم قال : الثلاثة فما فوقها هى التى تحرم، وذلك أن دليل الخطاب فى قوله « لاتحرم المصة ولا المصتان » يقتضى أن ما فوقها يحرم، ودليل الخطاب فى قوله « أرضعيه خمس رضعات » يقتضى أن ما دونها لايحرم والنظر فى ترجيح أحد دليلى الخطاب .

(المسئلة الثانية) واتفقوا على أن الرضاع يحرم فى الحولين . واختلفوا فى رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى وكافة الفقهاء : لايحرم رضاع الكبير ؛ وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم ، وهو مذهب عائشة ، ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبى عليه الصلاة والسلام . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك . وذلك أنه ورد فى ذلك حديثان : أحدهما حديث سالم ، وقد تقدم ، والثانى حديث عائشة خرجه البخارى و مسلم قالت « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل ، فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب فى وجهه ، فقلت : يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة ، فقال عليه الصلاة والسلام : انْظُرْنَ مَنْ إخْوَانُكُنَّ مِنَ الرَّضاعَةِ فإنَّ الرَّضَاعَةَ مِنَ المَجاعَةِ » فمن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث قال : لايحرم اللبن الذى لايقوم للمرضع مقام الغذاء، إلا أن حديث سالم نازلة فى عين ، وكان سائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم؛ ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة بأنها لم تعمل به قال : يحرّم رضاع الكبير .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك : لايحرم ذلك الرضاع ؛ وقال أبوحنيفة والشافعى : تثبت الحرمة به . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة السلام « فإنما الرضاعة من المجاعة » فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذى يكون فى سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ، ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم ، فإن فطم فى بعض الحولين لم يكن رضاعا من المجاعة ،فالاختلاف آيل إلى أن الرضاع الذى سببه المجاعة والافتقار إلى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعى للأطفال وهو الافتقار الذى سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذى يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع ،والقائلون بتأثير الإرضاع فى مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام [1] أو لم يشترطه اختلفوا فى هذه المدة ، فقال هذه بالمدة حولان فقط ، وبه قال زفر ؛ واستحسن مالك التحريم فى الزيادة اليسيرة على العامين ، وفى قول الشهر عنه ، وفى قول عنه إلى ثلاثة أشهر ؛ وقال أبوحنيفة : حولان وستة شهور . وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم ، وذلك أن قوله تعالى ـ والوالدَاتُ يُرْضِعْنَ أوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ ـ يوهم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن ، وقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الرضاعة من المجاعة » يقتضى عمومه أن ما دام الطفل غذاؤه اللبن أن ذلك الرضاع يحرم .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود ، وبالجملة ما يصل إلى الحلق من غير رضاع ، فإن مالكا قال : يحرم الوجور واللدود ؛ وقال عطاء وداود : لايحرم . وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل إلى الجوف ، أو وصوله على الجهة المعتادة ؟ فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال : لا يحرم الوجور ولا اللدود ؛ ومن راعى وصول اللبن إلى الجوف كيفما وصل قال : يحرم .

---

(١) قوله الفطام : هكذا بالنسخ ، ولعله عدم الفطام لأنه لم يشترط أحد الفطام فى التحريم ، بل مالك اشترط عدم الفطام تأمل اه مصححه .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم إذا وصل إلى الحلق ان يكون غير مخالط لغيره ، فإنهم اختلفوا فى ذلك أيضا ، فقال ابن القاسم : إذا استهلك اللبن فى ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه ؛ وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك : تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن أو كان مختلطا لم تذهب عينه وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة إذا اختلط بغيره ، أم لايبقى به حكمها كالحال فى النجاسة إذا خالطت الحلال الطاهر . والأصل المعتبر فى ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر إذا خالطه شيء طاهر ؟ .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول إلى الحلق أو لايعتبر فإنه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم فى السعوط باللبن والحقنة به. ويشبه أن يكون اختلافهم فى ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الأعضاء أو لايصل ؟ .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن : أعنى زوج المرأة أبا للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب وهى التى يسمونها لبن الفحل ؛ فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك وأبوحنيفة والشافعى وأحمد والأوزاعى والثورى : لبن الفحل يحرم ؛ وقالت طائفة : لايحرم لبن الفحل ، وبالأول قال على وابن عباس ، وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر. وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور : أعنى آية الرضاع ، وحديث عائشة هو « قالت جاء أفلح أخو أبى القعيس يستأذن علىّ بعد أن أنزل الحجاب فأبيت أن آذن له ، وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إِنَّهُ عَمُّكِ فَأْذَنِى لَهُ ، فقلت : يا رسول الله إنما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل ، فقال : إِنَّهُ عَمُّكِ فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ » خرجه البخارى ومسلم ومالك؛ فمن رأى أن ما فى الحديث شرع زائد على ما فى الكتاب ، وهو قوله تعالى ـ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِى أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ ـ وعلى قوله صلى الله عليه وسلم « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ ما يَحْرُمُ مِنَ الوِلادَةِ » قال : لبن الفحل محرم ؛ ومن رأى أن آية الرضاع وقوله « يحرم من الرضاع ما يحرم

من الولادة » إنما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع ، إذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال : ذلك الحديث إن عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخا لهذه الأصول ، لأن الزيادة المغيرة للحكم ناسخة ، مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل ، وهى الراوية للحديث، ويصعب رد الأصول المنتشرة التى يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة وبخاصة التى تكون فى عين ، ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس: لانترك كتاب الله لحديث امرأة .

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فإن قوما قالوا : لاتقبل فيه إلا شهادة امرأتين ، وقوما قالوا :لاتقبل فيه إلا شهادة أربع ،وبه قال الشافعى وعطاء ؛ وقوم قالوا : تقبل فيه شهادة امرأة واحدة ؛ والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط فى ذلك فشوّ قولهما بذلك قبل الشهادة . وهو مذهب مالك وابن القاسم ؛ ومنهم من لم يشترطه ، وهو قول مطرّف وابن الماجشون . والذين أجازوا أيضا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشوّ قولها قبل الشهادة ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ ومنهم من اشترط ذلك ، وهى رواية عن مالك ، وقد روى عنه أنه لاتجوز فيه شهادة أقل من اثنتين . والسبب فى اختلافهم ، أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم فى شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفى فى ذلك امرأتان، وستأتى هذه المسئلة فى كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى . وأما اختلافهم فى قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الأثر الوارد فى ذلك للأصل المجمع عليه، أعنى أنه لايقبل من الرجال أقل من اثنين ، وأن حال النساء فى ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال ، وإما أن تكون أحوالهم فى ذلك مساوية للرجال ، والإجماع منعقد على أنه لايقضى بشهادة واحدة ، والأمر الوارد فى ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال « يارسول الله إنى تزوجت امرأةً فأتت امرأةٌ فقالت : قد أرضعتكما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كَيْفَ وَقَدْ قِيلَ ؟ دَعْهَا عَنْكَ » وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعا بينه وبين الأصول وهو أشبه ، وهى رواية عن مالك .

(المسئلة التاسعة) وأما صفة المرضعة فإنهم اتفقوا على أنه يحرّم لبن كل امرأة

بالغ وغير بالغ ، واليائسة من المحيض كان لها زوج أو لم يكن ، حاملا كانت أو غير حامل ؛ وشذ بعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل ، وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعى ، وإن وجد فليس لبنا إلا باشتراك الإسم . واختلفوا من هذا الباب فى لبن الميتة . وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لايتناولها ، ولا لبن للميتة إن وجد لها إلا باشتراك الاسم ، ويكاد أن تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود إلا فى القول .

الفصل الرابع فى مانع الزنا

واختلفوا فى زواج الزانية . فأجاز هذا الجمهور ،ومنعها قوم.وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى ـ والزَّانِيَةُ لايَنْكِحُهَا إلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذلِكَ عَلَى المُؤْمِنِينَ ـ هل خرّج مخرج الذم أو مخرج التحريم ؟ وهل الإشارة فى قوله ـ وحرّم ذلك على المؤمنين ـ إلى الزنا أو إلى النكاح ؟ وإنما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء فى الحديث « أن رجلا قال للنبى صلى الله عليه وسلم فى زوجته إنها لاترد يد لامس ،فقال له النبى عليه الصلاة والسلام : طَلِّقْهَا ، فقال له : إنى أحبها . فقال له : فأمْسِكْهَا » وقال قوم أيضا : إن الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الأصل . وبه قال الحسن . وأما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها فى كتاب اللعان .

الفصل الخامس فى مانع العدد

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا ، وذلك للأحرار من الرجال . واختلفوا فى موضعين : فى العبيد، وفيما فوق الأربع . أما العبيد فقال مالك فى المشهور عنه : يجوز أن ينكح أربعا ، وبه قال أهل الظاهر . وقال أبو حنيفة والشافعى : لايجوز له الجمع إلا بين اثنتين فقط . وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير فى إسقاط هذا العدد كما لها تأثير فى إسقاط نصف الحد الواجب على الحر فى الزنا ، وكذلك فى الطلاق عند من رأى ذلك . وذلك أن

المسلمين اتفقوا على تنصيف حده فى الزنا : أعنى أن حده نصف حد الحر ، واختلفوا فى غير ذلك . وأما ما فوق الأربع فإن الجمهور على أنه لاتجوز الخامسة لقوله تعالى ـ فانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُباعَ ـ ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة « أمْسِكْ أرْبَعاً وَفارِقْ سائِرَهُنَّ » وقالت فرقة : يجوز تسع ، ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع فى الآية المذكورة ، أعنى جمع الأعداد فى قوله تعالى ـ مثنى وثلاث ورباع ـ .

الفصل السادس فى مانع الجمع

واتفقوا على أنه لايجمع بين الأختين بعقد نكاح لقوله تعالى ـ وأنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ ـ واختلفوا فى الجمع بينهما بملك اليمين ، والفقهاء على منعه ، وذهبت طائفة إلى إباحة ذلك . وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ لعموم الاستثناء فى آخر الآية ، وهو قوله تعالى ـ إلاَّ ما مَلَكَتْ أيْمَانُكُمْ ـ وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور ، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم إلا ما وقع الإجماع على أنه لاتأثير له فيه ، فيخرج من عموم قوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ ملك اليمين ، ويحتمل أن لايعود إلا إلى أقرب مذكور ، فيبقى قوله ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ على عمومه ، ولا سيما إن عللنا ذلك بعلة الأخوة أو بسبب موجود فيهما . واختلف الذين قالوا بالمنع فى ملك اليمين إذا كانت إحداهما بنكاح والأخرى بملك يمين ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وأجازه الشافعى ، وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبى هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا يُجْمَعُ بَيْنَ المَرْأةِ وعَمَّتِها ولا بَيْنَ المَرْأةِ وَخالَتِها » واتفقوا على أن العمة ههنا هى كل أنثى هى أخت للذكر له عليك ولادة إما بنفسه وإما بواسطة ذكر آخر ، وأن الخالة : هى كل أنثى هى أخت لكل أنثى لها عليك ولادة إما بنفسها وإما بتوسط أنثى غيرها وهن الخالات من قبل الأم ؛ واختلفوا هل هذا من باب

الخاص أريد به الخاص، أم هو من باب الخاص أريد به العام؟ والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أىّ عام هو المقصود به؟ فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار: هو خاص أريد به الخصوص فقط، وأن التحريم لايتعدى إلى غير من نص عليه؛ وقال قوم: هو خاص والمراد به العموم، وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة؛ فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتى عم أو عمة، ولا بين ابنتى خال أو خالة، ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها، أو بينها وبين بنت خالتها؛ وقال قوم: إنما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة، أعنى لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يجز لهما أن يتناكحا؛ ومن هؤلاء من اشترط فى هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعا، أعنى إذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنثى فلم يجز لهما أن يتناكحا، فهؤلاء لايحل الجمع بينهما. وأما إن جعل فى أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فإن الجمع يجوز كالحال فى الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها، فإنه إن وضعنا البنت ذكرا لم يحل نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه، وإن جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة لأجنبى، وهذا القانون هو الذى اختاره أصحاب مالك، وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها.

الفصل السابع فى موانع الرق

واتفقوا على أنه يجوز للعبد أن ينكح الأمة، وللحرة أن تنكح العبد إذا رضيت بذلك هى وأولياؤها. واختلفوا فى نكاح الحر الأمة، فقال قوم: يجوز بإطلاق، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم؛ وقال قوم: لايجوز إلا بشرطين: عدم الطول، وخوف العنت، وهو المشهور من مذهب مالك، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى. والسبب فى اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى ـ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ ـ الآية، لعموم قوله ـ وأَنْكِحُوا الأَيامَى مِنْكُمْ والصَّالِحِينَ ـ الآية، وذلك أن مفهوم دليل الخطاب فى قوله تعالى ـ ومن لم يستطع منكم طولا ـ الآية، يقتضى أنه

لايحل نكاح الأمة إلا بشرطين : أحدهما عدم الطول إلى الحرّة ، والثانى خوف العنت ـ وقوله تعالى ـ وأنكحوا الأيامى منكم ـ يقتضى بعمومه إنكاحهن من حرّ أو عبد ، واحدا كان الحر أو غير واحد ، خائفا للعنت أو غير خائف ، لكن دليل الخطاب أقوى ههنا ـ والله أعلم ـ من العموم ، لأن هذا العموم لم يتعرض فيه إلى صفات الزوج المشترطة فى نكاح الإماء ، وإنما المقصود به الأمر بإنكاحهن وألا يجبرن على النكاح ، وهو أيضا محمول على الندب عند الجمهور مع ما فى ذلك من إرقاق الرجل ولده . واختلفوا من هذا الباب فى فرعين مشهورين ، أعنى الذين لم يجيزوا النكاح إلا بالشرطين المنصوص عليهما : أحدهما إذا كانت تحته حرة هل هى طول أو ليست بطول ؟ فقال أبو حنيفة : هى طول ؛ وقال غيره : ليست بطول ؛ وعن مالك فى ذلك القولان . والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع أو ثنتان ؟ فمن قال إذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لأنه غير عزب قال : إذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الأمة ؛ ومن قال خوف العنت إنما يعتبر بإطلاق سواء كان عزبا أو متأهلا ، لأنه قد لاتكون الزوجة الأولى مانعة من العنت ، وهو لايقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح أمة ، لأن حاله مع هذه الحرة فى خوف العنت كحاله قبلها ، وبخاصة إذا خشى العنت من الأمة التى يريد نكاحها ، وهذا بعينه هو السبب فى اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الأمة الأولى أو لاينكحها ؟ وذلك أن من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا إذ كان الخوف على العزب أكثر قال : لا ينكح أكثر من أمة واحدة ، ومن اعتبره مطلقا قال : ينكح أكثر من أمة واحدة ، وكذلك يقول إنه ينكح على الحرة ، واعتباره مطلقا فيه نظر ؛ وإذا قلنا إن له أن يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير إذنها فهل لها الخيار فى البقاء معه أو فى فسخ النكاح ؟ اختلف فى ذلك قول مالك ، واختلفوا إذا وجد طولا بحرة هل يفارق الأمة أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه إذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لايفارقها ، أعنى أصحاب مالك ؛ واتفقوا من هذا الباب على أنه لايجوز أن تنكح المرأة من ملكته وإنها إذا ملكت زوجها انفسخ النكاح .

الفصل الثامن فى مانع الكفر

واتفقوا على أنه لايجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى ـ ولا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ـ واختلفوا فى نكاحها بالملك ، واتفقوا على أنه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة ، إلا ما روى فى ذلك عن ابن عمر . واختلفوا فى إحلال الكتابية الأمة بالنكاح ؛ واتفقوا على إحلالها بملك اليمين . والسبب فى اختلافهم فى نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى ـ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ـ وعموم قوله تعالى ـ ولا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ـ لعموم قوله ـ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ـ وهن المسبيات ، وظاهر هذا يقتضى العموم ، سواء كانت مشركة أو كتابية ، والجمهور على منعها ، وبالجواز قال طاوس ومجاهد ، ومن الحجة لهم ما روى من نكاح المسبيات فى غزوة أوطاس إذ استأذنوه فى العزل فأذن لهم ؛ وإنما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الأحرار بالعقد ، لأن الأصل بناء الخصوص على العموم : أعنى أن قوله تعالى ـ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ ـ هو خصوص ، وقوله ـ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ـ هو عموم ، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ؛ ومن ذهب إلى تحريم ذلك جعل العام ناسخا للخاص ، وهو مذهب بعض الفقهاء ؛ وإنما اختلفوا فى إحلال الأمة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم فى ذلك القياس ، وذلك أن قياسها على الحرة يقتضى إباحة تزويجها ، وباقى العموم إذا استثنى منه الحرة يعارض ذلك ، لأنه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم إذا خصص بقى الباقى على عمومه ؛ فمن خصص العموم الباقى بالقياس ، أولم ير الباقى من العموم المخصوص عموما قال : يجوز نكاح الأمة الكتابية ؛ ومن رجح باقى العموم بعدم التخصيص على القياس قال : لايجوز نكاح الأمة الكتابية ؛ وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم ، وهو معارضة دليل الخطاب للقياس ، وذلك أن قوله تعالى ـ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ـ يوجب أن لايجوز نكاح الأمة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك ، والقياس [1] من

(١) قوله والقياس ، إلى قوله : وإنما اتفقوا هو زائد ببعض النسخ الخطية والمصرية وفيه خفاء ، فليتأمل فى معناه اهـ مصححه .

كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ، ويجوز فيه النكاح بملك اليمين اصله المسلمات ؛ والطائفة الثانية أنه ثم لم يجز نكاح الأمة المسلمة بالتزويج إلا بشرط فأحرى أن لايجوز نكاح الأمة الكتابية بالتزويج ، وإنما اتفقوا على إحلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى - إلاَّ ما مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ - ولإجماعهم على أن السبي يحل المسبية الغير متزوجة . وإنما اختلفوا فى المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها ، وإن هدم فتى يهدم ؟ فقال قوم : إن سبيا معا أعنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما ، وإن سبى أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال قوم : بل السبي يهدم سُبيا معا أو سبى أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعى ؛ وعن مالك قولان : أحدهما أن السبى لا يهدم النكاح أصلا. والثانى أنه يهدم بإطلاق مثل قول الشافعى . والسبب فى اختلافهم هل يهدم أولا يهدم هو تردد المسترقين الذين أمنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التى لازوج لها أو المستأجرة من كافر . وأما تفريق أبى حنيفة بين أن يسبيا معا وبين أن يسبى أحدهما فلأن المؤثر عنده فى الإحلال هو إختلاف الدار بهما لاالرق ، والمؤثر فى الإحلال عند غيره هو الرق ، وإنما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية ؟ والأشبه أن لايكون للزوجية ههنا حرمة لأن محل الرق وهو الكفر سبب الإحلال . وأما تشبيهها بالذمية فبعيد لأن الذمى إنما أعطى الجزية بشرط أن يُقَرَّ على دينه فضلا عن نكاحه .

الفصل التاسع فى مانع الإحرام

واختلفوا فى نكاح المحرم فقال مالك والشافعى والليث والأوزاعى وأحمد لاينكح المحرم ولا ينكح ، فإن فعل فالنكاح باطل ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت . وقال أبو حنيفة: لابأس بذلك . وسبب اختلافهم تعارض النقل فى هذا الباب ، فنها حديث ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم » وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال » قال أبو عمر : رويت عنها من طرق شتى ، من طريق أبى رافع ، ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها ، وعن

يزيد بن الأصم . وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لايَنْكِحُ المُحْرِم ولا يُنْكِح ولا يَخْطُبُ » فمن رجح هذه الأحاديث على حديث ابن عباس قال : لاينكح المحرم ولا ينكح ؛ ومن رجح حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال : ينكح وينكح ، وهذا راجع إلى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

الفصل العاشر فى مانع المرض

واختلفوا فى نكاح المريض ، فقال أبوحنيفة والشافعى : يجوز ؛ وقال مالك فى المشهور عنه : إنه لايجوز ، ويتخرج ذلك من قوله إنه يفرق بينهما وإن صح ، ويتخرج من قوله أيضا إنه لا يفرق بينهما أن التفريق مستحب غير واجب . وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة ، وذلك أنه لاتجوز هبة المريض إلا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم أيضا سبب آخر ، وهو هل يتهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أولايتهم ؟ وقياس النكاح على الهبة غير صحيح ، لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز إذا حملها الثلث ، ولم يعتبروا بالنكاح هنا بالثلث ، ورد جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحى لايجوز عند أكثر الفقهاء ، وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلا فى جنس بعيد من الجنس الذى يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة ، حتى إن قوما رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد وإعمال هذا القياس يوهن ما فى الشرع من التوقيف ، وأنه لاتجوز الزيادة فيه كما لايجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التى فى ذلك الجنس إلى الظلم ، فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لايتهمون بالحكم بها ؛ وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أن فى الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقا إلى الظلم ؛ ووجه عمل الفاضل العالم فى ذلك أن ينظر إلى شواهد الحال ، فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرا لايمنع النكاح وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته منع من ذلك كما فى أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشىء وضده

مما اكتسبوا من قوة مهنتهم إذ لايمكن أن يحد فى ذلك حد مؤقت صناعى ، وهذا كثيرا ما يعرض فى صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

الفصل الحادى عشر فى مانع العدة

واتفقوا على أن النكاح لايجوز فى العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلفوا فيمن تزوج امرأة فى عدتها ودخل بها ، فقال مالك والأوزاعى والليث : يفرق بينهما ولا تحل له أبدا ؛ وقال أبوحنيفة والشافعى والثورى : يفرق بينهما ، وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس فى تزويجه إياها مرة ثانية . وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة أم ليس بحجة ؟ وذلك أن مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشدا الثقفى لما تزوجها فى العدة من زوج ثان وقال : أيما امرأة نكحت فى عدتها فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب ؛ وإن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ثم لايجتمعان أبدا . قال سعيد : ولها مهرها بما استحل منها . وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف فى أصله ، وهو أنه أدخل فى النسب شبهة فأشبه الملاعن . وروى عن على وابن مسعود مخالفة عمر فى هذا . والأصل أنها لاتحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة . وفى بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها ، وكون المهر فى بيت المال ، فلما بلغ ذلك عليا أنكره فرجع عن ذلك عمر ، وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه ، رواه الثورى عن أشعث عن الشعبى عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف . وأجمعوا على أنه لاتوطأ حامل مسبية حتى تضع ، لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا إن وطىء هل يعتق عليه الولد أو لايعتق ، والجمهور على أنه لايعتق . وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر فى خلقته أو غير مؤثر ؟ فإن قلنا أنه مؤثر كان له ابنا بجهة ما ، وإن قلنا أنه ليس بمؤثر لم يكن ذلك . وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه

قال « كَيْفَ يَسْتَعْبِدُهُ وَقَدْ غَذَّاهُ فى سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ » . وأما النظر فى مانع التطليق ثلاثا ، فسيأتى فى كتاب الطلاق .

الفصل الثانى عشر فى مانع الزوجية

وأما مانع الزوجية فإنهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين . واختلفوا فى المسبية على ما تقدم ؛ واختلفوا أيضا فى الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا ؟ فالجمهور على أنه ليس بطلاق ؛ وقال قوم : هو طلاق . وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبى بن كعب . وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى ـ إلا ماملكت أيمانكم ـ وذلك أن قوله تعالى ـ إلا ما ملكت أيمانكم ـ يقتضى المسبيات وغيرهن ، وتخيير بريرة يوجب أن لايكون بيعها طلاقا ، لأنه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ، ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها ؛ والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبى شيبة عن أبى سعيد الخدرى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فأصابوا حيا من العرب يوم أوطاس فهزموهم وقتلوهم وأصابوا نساء لهن أزواج ، وكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهن من أجل أزواجهن ، فأنزل الله عز وجل ـ والمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّساءِ إلاَّ ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ـ وهذه المسئلة هى أليق بكتاب الطلاق . فهذه هى جملة الأشياء المصححة للأنكحة فى الإسلام ، وهى كما قلنا راجعة إلى ثلاثة أجناس : صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط فى العقد . وأما الأنكحة التى انعقدت قبل الإسلام ثم طرأ عليها الإسلام ، فإنهم اتفقوا على ان الإسلام إذا كان منهما معا : أعنى من الزوج والزوجة ، وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها فى الإسلام أن الإسلام يصحح ذلك ؛ واختلفوا فى موضعين : أحدهما إذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لايجوز الجمع بينهما فى الإسلام . والمَوْضع الثانى إذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

(فأما المسئلة الأولى) وهى إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان، فإن مالكا قال : يختار منهن أربعا ومن الأختين واحدة أيتهما شاء ؛ وبه قال الشافعي وأحمد وداود ؛ وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى : يختار الأوائل منهن فى العقد ، فإن تزوجهن فى عقد واحد فرق بينه وبينهن ؛ وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك: إذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ، ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر ، وذلك أنه ورد فى ذلك أثران: أحدهما مرسل مالك « أن غيلان بن سلامة الثقفى أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا » والحديث الثانى حديث قيس بن الحارث أنه أسلم على الأختين ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « اختَرْ أَيَّتَهُما شِئْتَ » . وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد عليهن بعد الإسلام : أعنى أنه كما أن العقد عليهن فاسد فى الإسلام كذلك قبل الإسلام وفيه ضعف . وأما إذا أسلم أحدهما قبل الآخر ، وهى المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر، فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى : إنه إذا أسلمت المرأة قبله فإنه إن أسلم فى عدتها كان أحق بها وإن أسلم هو وهى كتابية فنكاحها ثابت لما ورد فى ذلك من حديث صفوان بن أمية، وذلك « أن زوجه عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ، ثم أسلم هو فأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه » قالوا : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته نحو من شهر . قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضى عدتها . وأما إذا أسلم الزوج قبل إسلام المرأة فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك : إذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة إذا عرض عليها الإسلام فأبت ؛ وقال الشافعى : سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل إذا وقع إسلام المتأخر فى العدة ثبت النكاح. وسبب اختلافهم معارضة العموم للأثر والقياس ، وذلك أن عموم قوله تعالى ـ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ـ يقتضى المفارقة على الفور . وأما الأثر المعارض

لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته ، وكان إسلامه بمر الظهران ، ثم رجع إلى مكة وهند بها كافرة ، فأخذت بلحيته وقالت : اقتلوا الشيخ الضال ، ثم أسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للأثر فلأنه يظهر أنه لافرق بين أن تسلم هى قبله أو هو قبلها ، فإن كانت العدة معتبرة فى إسلامها قبل فقد يجب أن تعتبر فى إسلامه أيضا قبل .

الباب الثالث فى موجبات الخيار فى النكاح

وموجبات الخيار أربعة : العيوب ، والإعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة . والثالث : الفقد : أعنى فقد الزوج . والرابع : العتق للأمة المزوجة فينعقد فى هذا الباب أربعة فصول :

الفصل الأول فى خيار العيوب

اختلف العلماء فى موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين ، وذلك فى موضعين : أحدهما هل يرد بالعيوب أو لايرد ؟ . والموضع الثانى إذا قلنا إنه يرد فمن أيها يرد، وما حكم ذلك ؟ . فأما الموضع الأول فإن مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار فى الرد أو الإمساك : وقال أهل الظاهر : لاتوجب خيار الرد والإمساك ، وهو قول عمر بن عبد العزيز : وسبب اختلافهم شيئان : أحدهما هل قول الصاحب حجة ، والآخر قياس النكاح فى ذلك على البيع ؟ فأما قول الصاحب الوارد فى ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال: أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفى بعض الروايات : أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها . وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار للعيب فى النكاح قالوا : النكاح فى ذلك شبيه بالبيع ؛ وقال المخالفون لهم : ليس شبيها بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لايرد النكاح بكل عيب ويرد به البيع . وأما الموضع الثانى فى الرد بالعيوب فإنهم اختلفوا فى أى العيوب يرد بها وفى أيها لايرد وفى حكم الرد ، فاتفق مالك والشافعى على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون

والجذام والبرص وداء الفرج الذى يمنع الوطء ، إما قرن أو رتق فى المرأة أو عنة فى الرجل أو خصاء . واختلف أصحاب مالك فى أربع : فى السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الفم ، فقيل ترد بها ، وقيل لاترد ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى : لاترد المرأة فى النكاح إلا بعيبين فقط : القرن والرتق . فأما أحكام الرد فإن القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شىء عليه . واختلفوا إن علم بعد الدخول والمسيس؛ فقال مالك : إن كان وليها الذى زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غارّ يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشىء وإن كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق كله إلا ربع دينار فقط. وقال الشافعى : إن دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولى . وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه المسيس ، أعنى اتفاقهم على وجوب المهر فى الأنكحة الفاسدة بنفس المسيس ، لقوله عليه الصلاة والسلام « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ وَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا » فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب فى البيوع ، وبين حكم الأنكحة المفسوخة : أعنى بعد الدخول ؛ واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين أنه لاينفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك فى العلة التى من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة . فقيل لأن ذلك شرع غير معلل ؛ وقيل لأن ذلك مما يخفى ، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لاتخفى ؛ وقيل لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء ، وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع ، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفى على الزوج .

الفصل الثانى فى خيار الإعسار بالصداق والنفقة

واختلفوا فى الإعسار بالصداق ، فكان الشافعى يقول : تخير إذا لم يدخل بها ، وبه قال مالك . واختلف أصحابه فى قدر التلوم له ؛ فقيل ليس له فى ذلك حد ؛ وقيل سنة ؛ وقيل سنتين ؛ وقال أبو حنيفة : هى غريم من الغرماء لايفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر . وسبب

اختلافهم تغليب شبه النكاح فى ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة فى ذلك من عدم الوطء تشبيها بالإيلاء والعنة . وأما الإعسار بالنفقة فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة : يفرق بينهما ، وهو مروى عن أبى هريرة وسعيد بن المسيب ؛ وقال أبو حنيفة والثورى : لايفرق بينهما ، وبه قال أهل الظاهر . وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة ، لأن الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع ، وربما قالوا النفقة فى مقابلة الاستمتاع ، بدليل أن الناشز لانفقة لها عند الجمهور ، فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لايرى القياس فإنهم قالوا قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بإجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة نبيه فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

الفصل الثالث فى خيار الفقد

واختلفوا فى المفقود الذى تجهل حياته أو موته فى أرض الإسلام ، فقال مالك يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل ، فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت ، قال : وأما ماله فلا يورث حتى يأتى عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لايعيش إلى مثله غالبا ، فقيل سبعون ، وقيل ثمانون ، وقيل تسعون ، وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان ، وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب ، وهو مروى أيضا عن عثمان وبه قال الليث ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى : لاتحل امرأة المفقود حتى يصح موته ، وقولهم مروى عن على وابن مسعود . والسبب فى اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس ، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لاتنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة ، فيكون لها الخيار كما يكون فى هذين . والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود فى أرض الإسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود فى أرض الحرب ،

ومفقود فى حروب الإسلام ، أعنى فيما بينهم ومفقود فى حروب الكفار . والخلاف عن مالك وعن أصحابه فى الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير ؛ فأما المفقود فى بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لاتتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ، ما خلا أشهب، فإنه حكم له بحكم المفقود فى أرض المسلمين . وأما المفقود فى حروب المسلمين فقال : إن حكمه حكم المقتول دون تلوم ، وقيل يتلوم له بحسب بُعد الموضع الذى كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل فى ذلك سنة . وأما المفقود فى حروب الكفار ففيه فى المذهب أربعة أقوال : قيل حكمه حكم الأسير ؛ وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة ، إلا أن يكون بموضع لايخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود فى حروب المسلمين وفتنهم ؛ والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود فى بلاد المسلمين ؛ والرابع حكمه حكم المقتول فى زوجته ، وحكم المفقود فى أرض المسلمين فى ماله أعنى يعمر وحينئذ يورث ، وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح فى الشرع ، وهو الذى يعرف بالقياس المرسل ، وبين العلماء فيه اختلاف : أعنى بين القائلين بالقياس .

الفصل الرابع فى خيار العتق

واتفقوا على أن الأمة إذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار ؛ واختلفوا إذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا ؟ فقال مالك والشافعى وأهل المدينة والأوزاعى وأحمد والليث لاخيار لها ؛ وقال أبوحنيفة والثورى لها الخيار حرًّا كان أو عبدا . وسبب اختلافهم تعارض النقل فى حديث بريرة ، واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذى كان فى إنكاحها بإطلاق إذا كانت أمة ، أو الجبر على تزويجها من عبد ؛ فمن قال : العلة الجبر على النكاح بإطلاق قال : تخير تحت الحر والعبد ؛ ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال : تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فإنه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود . وروى عن عائشة أن زوجها كان حرا ، وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث ، واختلفوا أيضا فى الوقت الذى يكون لها الخيار فيه ، فقال مالك والشافعى : يكون لها الخيار مالم يمسها ؛ وقال

أبو حنيفة : خيارها على المجلس ؛ وقال الأوزاعى : إنما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت أن المسيس يسقط خيارها .

الباب الرابع فى حقوق الزوجية

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى ـ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ـ الآية . ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » ولقوله لهند « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » . فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها ، واختلفوا فى أربعة مواضع فى وقت وجوبها ، ومقدارها ، ولمن تجب ؟، وعلى من تجب ؟. فأما وقت وجوبها فإن مالكا قال : لاتجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها وهى ممن توطأ وهو بالغ ؛ وقال أبوحنيفة والشافعى : يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هى بالغا ، وأما إذا كان هو بالغا والزوجة صغيرة فللشافعى قولان : أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثانى أن لها النفقة بإطلاق . وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة ، وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وذهب الشافعى إلى أنها مقدرة ، فعلى الموسر مدان ، وعلى الأوسط مد ونصف ، وعلى المعسر مد . وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة فى هذا الباب على الإطعام فى الكفارة أو على الكسوة ، وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الإطعام محدود . واختلفوا من هذا الباب فى هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة ؟ وإن وجبت فكم يجب ؟ والجمهور على أن على الزوج النفقة لخادم الزوجة إذا كانت ممن لاتخدم نفسها ؛ وقيل بل على الزوجة خدمة البيت ؛ واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته ؟ فقالت طائفة : ينفق على خادم واحدة ، وقيل على خادمين إذا كانت المرأة ممن لايخدمها إلا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور . ولست أعرف دليلا شرعيا لإيجاب النفقة على الخادم

إلا تشبيه الإخدام بالإسكان ، فإنهم اتفقوا على أن الإسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية : وأما لمن تجب النفقة فإنهم اتفقوا على أنها تجب للحرة الغير ناشز . واختلفوا في الناشز والأمة . فأما الناشز فالجمهور على أنها لاتجب لها نفقة ، وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم ، وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » يقتضى أن الناشز وغير الناشز فى ذلك سواء ، والمفهوم من أن النفقة هى فى مقابلة الاستمتاع يوجب أن لانفقة للناشز . وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا ، فقيل لها النفقة كالحرة ، وهو المشهور ؛ وقيل لانفقة لها وقيل أيضا إن كانت تأتيه فلها النفقة ، وإن كان يأتيها فلا نفقة لها ؛ وقيل لها النفقة فى الوقت الذى تأتيه ؛ وقيل إن كان الزوج حرا فعليه النفقة ، وإن كان عبدا فلا نفقة عليه . وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن العموم يقتضى لها وجوب النفقة ، والقياس يقتضى أن لانفقة لها إلا على سيدها الذى يستخدمها ، أو تكون النفقة بينهما لأن كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ، ولذلك قال قوم : عليه النفقة فى اليوم الذى تأتيه . وقال ابن حبيب : يحكم على مولى الأمة المزوجة أن تأتى زوجها فى كل أربعة أيام . وأما على من تجب ، فاتفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر ؛ واختلفوا فى العبد والغائب . فأما العبد فقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد نفقة زوجته ؛ وقال أبو المصعب من أصحاب مالك : لانفقة عليه . وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه فى ماله . وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه ؛ وقال أبو حنيفة ؛ لاتجب إلا بإيجاب السلطان . وإنما اختلفوا فيمن القول قوله إذا اختلفوا فى الإنفاق ؛ وسيأتى ذلك فى كتاب الأحكام إن شاء الله . وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن فى القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام « إذَا كَانَ لِلرَّجُلِ امْرأتانِ فَمَالَ إلَى إحْدَاهُمَا جاءَ يَوْمَ القِيامَةِ وأحَدُ شِقَّيْهِ مائِلٌ » ولما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد السفر أقرع بينهن » واختلفوا فى مقام

الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولا يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى ؟ فقال مالك والشافعى وأصحابهما : يقيم عِند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ، ولا يحتسب إذا كان له امرأة أخرى بأيام التى تزوج ؛ وقال أبوحنيفة : الإقامة عندهن سواء بكرا كانت أو ثيبا ، ويحتسب بالأقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى . وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أمّ سلمة ، وحديث أنس هو « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا تزوج البكر أقام عندها سبعا ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا » وحديث أم سلمة هو « أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها فأصبحت عنده فقال : لَيْسَ بِكِ عَلَى أَهْلِكِ هَوَانٌ إنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ وإنْ شئتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ فقالت : ثَلِّثْ » وحديث أم سلمة هو مدنى متفق عليه خرّجه مالك والبخارى ومسلم ، وحديث أنس حديث بصرى خرجه أبو داود ، فصار أهل المدينة إلى ما خرجه أهل البصرة ، وصار أهل الكوفة إلى ما خرجه أهل المدينة . واختلف أصحاب مالك فى هل مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أومستحب؟ فقال ابن القاسم : هو واجب ؛ وقال ابن عبد الحكم : يستحب . وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم فى ذلك ، وذلك أن قوما أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق ؛ وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة ، إلا أن يكون الطفل لايقبل إلا ثديها ، وهو مشهور قول مالك . وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع : أعنى إيجابه ، أو متضمنة أمره فقط ؟ فمن قال أمره قال : لايجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ؛ ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وأنها من الأخبار التى مفهومها مفهوم الأمر قال : يجب عليها الإرضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر فى ذلك العرف والعادة . وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لايقبل ثدى غيرها فعليها الإرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع ، هذا إجماع لقوله سبحانه وتعالى ـ فإنْ أرْضَعْنَ لَكُمْ فآتُوهُنَّ

أجُورَهُنَّ - (والجمهور على أن الحضانة للأم إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا لقوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ » ولأن الأمة والمسبية إذا لم يفرق بينها وبين ولدها فأحص بذلك الحرة . واختلفوا إذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم يخير ، ومنهم الشافعى ، واحتجوا بأثر ورد فى ذلك ؛ وبقى قوم على الأصل لأنه لم يصح عندهم هذا الحديث ؛ والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي » ومن لم يصح عنده هذا الحديث طرد الأصل . وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس فى ذلك شىء يعتمد عليه[1]) .

الباب الخامس

فى الأنكحة المنهى عنها بالشرع والأنكحة الفاسدة وحكمها

والأنكحة التى ورد النهى فيها مصرحا أربعة : نكاح الشغار ، ونكاح المتعة ، والخطبة على خطبة أخيه ، ونكاح المحلل . فأما نكاح الشغار فإنهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه ببضع الأخرى ، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهى عنه ؛ واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا ؟ فقال مالك : لايصحح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده ، وبه قال الشافعى إلا أنه قال : إن سمى لإحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل ، والمهر الذى سمياه فاسد ؛ وقال أبوحنيفة : نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل ، وبه قال الليث وأحمد وإسحق وأبوثور والطبرى . وسبب اختلافهم هل النهى المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل ، فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الإطلاق ؛ وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير ؛ وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر

(١) ما بين القوسين لم يوجد فى النسخة الفاسية ولا المصرية ، وهو موجود بالنسخة الخطية تعلق أحمد بك تيمور اهـ مصححه .

والخنزير لايفسخ إذا فات بالدخول ، ويكون فيه مهر المثل ؛ وكأن مالكا رضى الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهى به ، أو رأى أن النهى إنما يتعلق بنفس تعيين العقد ، والنهى يدل على فساد المنهى .

وأما نكاح المتعة . فإنه وإن تواترت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه إلا أنها اختلفت فى الوقت الذى وقع فيه التحريم ، ففى بعض الروايات أنه حرّمها يوم خيبر ، وفى بعضها يوم الفتح ، وفى بعضها فى غزوة تبوك ، وفى بعضها فى حجة الوداع ، وفى بعضها فى عمرة القضاء ، وفى بعضها فى عام أوطاس ، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ، ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك لقوله تعالى - ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ - وفى حرف عنه إلى أجل مسمى ، وروى عنه أنه قال : ما كانت المتعة إلا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، ولولا نهى عمر عنها ما اضطر إلى الزنا إلا شقى . وهذا الذى روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار . وعن عطاء قال : « سمعت جابر بن عبد الله يقول : « تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ونصفا من خلافة عمر » ثم نهى عنها عمر الناس .

وأما اختلافهم فى النكاح الذى تقع فيه الخطبة على خطبة غيره ، فقد تقدم أن فيه ثلاثة أقوال : قول بالفسخ ، وقول بعدم الفسخ ، وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لاترد وهو مذهب مالك .

وأما نكاح المحلل : أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا ، فإن مالكا قال : هو نكاح مفسوخ ؛ وقال أبوحنيفة والشافعى : هو نكاح صحيح . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ » الحديث فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال : النكاح صحيح ؛ ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال : النكاح

فاسد ، فهذه هي الأنكحة الفاسدة بالنهى . وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها تفسد إما بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح ، أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل ، وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنها لاتفسد النكاح باتفاق ، وإنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لالزومها مثل أن يشترط عليه أن لايتزوج عليها أو لايتسرى أو لاينقلها من بلدها ، فقال مالك : إن اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون فى ذلك يمين بعتق أو طلاق ، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه ، فلا يلزم الشرط الأول أيضا ، وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال الأوزاعي وابن شبرمة : لها شرطها وعليه الوفاء ؛ وقال ابن شهاب : كان من أدركت من العلماء يقضون بها ، وقول الجماعة مروى عن على ، وقول الأوزاعي مروى عن عمر . وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها : أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال فى خطبته « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِى كِتابِ اللهِ فَهُوَ باطِلٌ وَلَوْ كانَ مائةَ شَرْطٍ » وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قالَ « أحَقُّ الشُّرُوطِ أنْ يُوَفى بِهِ ما اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ » والحديثان صحيحان خرجهما البخارى ومسلم ، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع فى العتبية وإن كان المشهور خلاف ذلك . وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فإنه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا : أعنى فى لزومها أوعدم لزومها ، وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

(وأما حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت) فنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده ، وهو ما كان منها فاسدا بإسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده ، مثل أن ينكح محرّمة العين ؛ ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم فى ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الإخلال بشروط الصحة ومالك فى هذا الجنس - وذلك فى الأكثر - يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والأصل فيه عنده أن لافسخ ، ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى فى كثير من

البيع الفاسد أنه يفوت بحوالة الأسواق وغير ذلك ، ويشبه أن تكون هذه عنده هي الأنكحة المكروهة ، وإلا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب فى المذهب فى هذا الباب كثير ، وكأن هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه ، فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ، ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد ، وسواء كان الدليل القوى متفقا عليه أو مختلفا فيه . ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب فى وقوع الميراث فى الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ ، وكذلك وقوع الطلاق فيه ، فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ، ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه ، وقد نرى أن نقطع ههنا القول فى هذا الكتاب ، فإن ما ذكرنا منه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

كتاب الطلاق

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى أربع جمل : الجملة الأولى : فى أنواع الطلاق . الجملة الثانية : فى أركان الطلاق . الجملة الثالثة : فى الرجعة . الجملة الرابعة : فى أحكام المطلقات .

(الجملة الأولى) وفى هذه الجملة خمسة أبواب : الباب الأول : فى معرفة الطلاق البائن والرجعىّ . الباب الثانى : فى معرفة الطلاق السنى من البدعى . الباب الثالث : فى الخلع . الباب الرابع : فى تمييز الطلاق من الفسخ . الباب الخامس : فى التخيير والتمليك .

الباب الأول فى معرفة الطلاق البائن والرجعى

واتفقوا على أن الطلاق نوعان : بائن ورجعى . وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون فى مدخول بها ، وإنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى - يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ - إلى قوله تعالى - لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا - وللحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته لمّا طلقها حائضا ولا خلاف فى هذا ؛

وأما الطلاق البائن ، فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدم التطليقات ومن قبل العوض فى الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتى بعد ؛ واتفقوا على أن العدد الذى يوجب البينونة فى طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقات لقوله تعالى ـ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ـ الآية . واختلفوا إذا وقعت ثلاثا فى اللفظ دون الفعل ، وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر فى إسقاط أعداد الطلاق ، وأن الذى يوجب البينونة فى الرق اثنتان . واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ، ففى هذا الباب إذن ثلاث مسائل .

(المسئلة الأولى) جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة ؛ وقال أهل الظاهر وجماعة : حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ فى ذلك ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى ـ الطلاق مرتان ـ إلى قوله فى الثالثة ـ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لامطلق ثلاث ، واحتجوا أيضا بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر ؛ واحتجوا أيضا بما رواه ابن إسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال « طلق ركانة زوجه ثلاثا فى مجلس واحد ، فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم : كَيْفَ طَلَّقْتَهَا ؟ قال : طلقتها ثلاثا فى مجلس واحد ، قال : إِنَّمَا تِلْكَ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ فَارْتَجِعْهَا » وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع فى الصحيحين إنما رواه عنه من أصحابه طاوس ، وأن جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم ، وأن حديث ابن إسحق وهم ، وإنما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجه البتة لاثلاثا .
وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بإلزام المكلف نفسه هذا الحكم فى طلقة واحدة أم ليس يقع ؟ ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع ؟ فمن شبه الطلاق بالأفعال التى يشترط فى صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال : لايلزم ؛ ومن شبهه بالنذور

والأيمان التى ما التزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه ، وكأن الجمهور غلبوا حكم التغليظ فى الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود فى ذلك أعنى فى قوله تعالى ـ لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ـ

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فنهم من قال المعتبر فيه الرجال ، فإذا كان الزوج عبدا كان طلاقه البائن الطلقة الثانية ، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس ، وإن كان اختلف عنه فى ذلك ، لكن الأشهر عنه هو هذا القول . ومنهم من قال إن الاعتبار فى ذلك هو بالنساء ، فإذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبدا أو حرا ، وممن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة وغيره ؛ وفى المسئلة قول أشذ من هذين ، وهو أن الطلاق يعتبر برق من رق منهما ، قال ذلك عثمان البتى وغيره وروى عن ابن عمر . وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر فى هذا هو رق المرأة أو رق الرجل ، فمن قال التأثير فى هذا لمن بيده الطلاق قال : يعتبر بالرجال ومن قال التأثير فى هذا للذى يقع عليه الطلاق قال : هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة . وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء : أى نقصانها تابع لرق النساء ؛ واحتج الفريق الأول بما روى عن ابن عباس مرفوعا إلى النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « الطَّلاقُ بالرِّجال ، والعِدَّةُ بالنِّساءِ » إلا أنه حديث لم يثبت فى الصحاح . وأما من اعتبر من رُق منهما فإنه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الأنوثية مع الرق .

(المسئلة الثالثة) وأما كون الرق مؤثرا فى نقصان عدد الطلاق فإنه حكى قوم أنه إجماع ؛ وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ، ويرون أن الحر والعبد فى هذا سواء . وسبب الخلاف معارضة الظاهر فى هذا للقياس ، وذلك أن الجمهور صاروا إلى هذا المكان قياس طلاق العبد والأمة على حدودهما ؛ وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرا فى نقصان الحد . أما أهل الظاهر فلما كان الأصل عندهم أن حكم العبد فى التكاليف حكم الحر إلا

ما أخرجه الدليل ، والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب او السنة ، ولم يكن هناك دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ، ويشبه أن يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد ، لأن المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه ، وأن الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ ، لأن وقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع فى ذلك من الندم والشرع إنما سلك فى ذلك سبيل الوسط ، وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ، ولو كانت البينونة واقعة فى الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم ، وكان ذلك عسرا عليه ، فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ، ولذلك ما نرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث فى واحدة ، فقد رفع الحكمة الموجودة فى هذه السنة المشروعة .

الباب الثانى فى معرفة الطلاق السنى من البدعى

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة فى المدخول بها هو الذى يطلق امرأته فى طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة، وأن المطلق فى الحيض أو الطهر الذى مسها فيه غير مطلق للسنة، وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر « أنه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عليه الصلاة والسلام : مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ إنْ شاءَ أَمْسَكَ وإنْ شاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أنْ يَمَسَّ فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتى أمَرَ اللهُ أنْ تُطَلَّقَ لهَا النِّسَاءُ » . واختلفوا من هذا الباب فى ثلاثة مواضع : الموضع الأول : هل من شرطه أن لايتبعها طلاقا فى العدة ؟ . والثانى : هل المطلق ثلاثا : أعنى بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟ . والثالث : فى حكم من طلق فى وقت الحيض .

(أما الموضع الأول) فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما ، فقال مالك : من شرطها أن لايتبعها فى العدة طلاقا آخر . وقال أبو حنيفة : إن طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة . وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون فى حال الزوجية بعد رجعة أم ليس من

شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لايتبعها فيه طلاقا ، ومن قال ليس من شرطه أتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم فى وقوع الطلاق المتبع .

(وأما الموضع الثانى) فإن مالكا ذهب إلى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة ، وذهب الشافعى إلى أنه مطلق للسنة . وسبب الخلاف معارضة إقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا فى لفظة واحدة لمفهوم الكتاب فى حكم الطلقة الثالثة . والحديث الذى احتج به الشافعى هو ما ثبت من أن العجلانى طلق زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال : فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التى جعلها الله فى العدد قال فيه إنه ليس للسنة ، واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه ، فوقع الطلاق على غير محله ، فلم يتصف لابسنة ولا ببدعة ، وقول مالك ـ والله أعلم ـ أظهر ههنا من قول الشافعى .

(وأما الموضع الثالث : فى حكم من طلق فى وقت الحيض) فإن الناس اختلفوا من ذلك فى مواضع : منها أن الجمهور قالوا يمضى طلاقه ؛ وقالت فرقة : لاينفذ ولا يقع ؛ والذين قالوا ينفذ قالوا : يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا أن ذلك واجب وأنه يجبر على ذلك ، وبه قال مالك وأصحابه . وقالت فرقة بل يندب إلى ذلك ولا يجبر ، وبه قال الشافعى وأبوحنيفة والثورى وأحمد والذين أوجبوا الإجبار اختلفوا فى الزمان الذى يقع فيه الإجبار ، فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها ؛ وقال أشهب : لايجبر إلا فى الحيضة الأولى . والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة إن شاء ، فقوم اشترطوا فى الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وبه قال مالك والشافعى وجماعة ؛ وقوم قالوا : بل يراجعها ، فإذا طهرت من تلك الحيضة التى طلقها فيها فإن شاء أمسك وإن شاء طلق ، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون ، وكل من اشترط فى طلاق السنة أن يطلقها فى طهر لم يمسها فيه لم ير الأمر بالرجعة إذا طلقها فى طهر مسها فيه ، فهنا إذاً أربع مسائل :

أحدها : هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟ . والثانية : إن وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟ . والثالثة : متى يوقع الطلاق بعد الإجبار أو الندب؟ والرابعة : متى يقع الإجبار .

(أما المسئلة الأولى) فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع فى الحيض اعتد به ، وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر « مره فليراجعها » قالوا : والرجعة لاتكون إلا بعد طلا ، وروى الشافعى عن مسلم بن خالد عن ابن جريج أنهم أرسلوا إلى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال نعم ، وروى أنه الذى كان يفتى به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فإنه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم « كُلُّ فِعْلٍ أَوْ عَمَلٍ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ » وقالوا : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه . وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التى اشترطها الشرع الطلاق السنى هى شروط صحة وإجزاء ، أم شروط كمال وتمام ؟ فمن قال شروط إجزاء قال : لايقع الطلاق الذى عدم هذه الصفة ، ومن قال : شروط كمال وتمام قال : يقع ويندب إلى أن يقع كاملا ، ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض ، فتدبر ذلك .

(وأما المسئلة الثانية) وهى هل يجبر على الرجعة أو لايجبر ؟ فمن اعتمد ظاهر الأمر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال : يجبر ؛ ومن لحظ هذا المعنى الذى قلناه من كون الطلاق واقعا قال : هذا الأمر هو على الندب .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى متى يوقع الطلاق بعد الإجبار فإن من اشترط فى ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإنما صار لذلك لأنه المنصوص عليه فى حديث ابن عمر المتقدم قالوا : والمعنى فى ذلك لتصح الرجعة بالوطء فى الطهر الذى بعد الحيض لأنه لو طلقها فى الطهر الذى بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لأنه كان يكون كالمطلق قبل الدخول . وبالجملة فقالوا إن من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء ، وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة أن يطلقها فى طهر لم يطلق فى الحيضة التى قبله ،

وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك فى طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب . وأما الذين لم يشترطوا ذلك ، فإنهم صاروا إلى ما روى يونس ابن جبير وسعيد ابن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر فى هذا الحديث أنه قال : يراجعها فإذا طهرت طلقها إن شاء، وقالوا : المعنى فى ذلك أنه إنما أمر بالرجوع عقوبة له لأنه طلق فى زمان كره له فيه الطلاق ، فإذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه . فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى متى يجبر فإنما ذهب مالك إلى أنه يجبر على رجعتها لطول زمان العدة لأنه الزمان الذى له فيه ارتجاعها . وأما أشهب فإنه إنما صار فى هذا إلى ظاهر الحديث ، لأن فيه « مره فليراجعها حتى تطهر » فدل ذلك على أن المراجعة كانت فى الحيضة ، وأيضا فإنه قال : إنما أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة ، فإنه إذا وقع عليها الطلاق فى الحيضة لم تعتد بها بإجماع فإن قلنا إنه يراجعها فى غير الحيضة كان ذلك عليها أطول ، وعلى هذا التعليل فينبغى أن يجوز إيقاع الطلاق فى الطهر الذى بعد الحيضة . فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم فى علة الأمر بالرد .

الباب الثالث فى الخلع

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تئول إلى معنى واحد ، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء .

والكلام ينحصر فى أصول هذا النوع من الفراق فى أربعة فصول : فى جواز وقوعه أولا ، ثم ثانيا فى شروط وقوعه : أعنى جواز وقوعه ، ثم ثالثا فى نوعه : أعنى هل هو طلاق أو فسخ ؟. ثم رابعا فيما يلحقه من الأحكام :

الفصل الأول فى جواز وقوعه

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء . والأصل فى ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى ـ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ـ . وأما السنة

فحديث ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس لاأعيب عليه فى خلق ولا دين ، ولكن أكره الكفر بعد الدخول فى الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقْبَلِ الحَدِيقَةَ وطَلِّقْهَا طَلْقَةً واحِدَةً » خرجه بهذا اللفظ البخارى وأبو داود والنسائى ، وهو حديث متفق على صحته ، وشذ أبو بكر ابن عبد الله المزينى عن الجمهور فقال : لايحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا ، واستدل على ذلك بأنه زعم أن قوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ منسوخ بقوله تعالى ـ وإنْ أرَدْتُم اسْتِبْدالَ زَوْجٍ مَكانَ زَوْجٍ وآتَيْتُم إحْداهُنَّ قِنْطارًا فَلا تأخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً ـ الآية . والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها ، وأما برضاها فجائز . فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه .

الفصل الثانى فى شروط وقوعه

فأما شروط جوازه فنها ما يرجع إلى القدر الذى يجوز فيه؛ ومنها ما يرجع إلى صفة الشيء الذى يجوز به ؛ ومنها ما يرجع إلى الحال التى يجوز فيها ؛ ومنها ما يرجع إلى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن ممن لاتملك أمرها ، ففى هذا الفصل أربع مسائل :

(المسئلة الأولى) أما مقدار ما يجوز لها أن تختلع به ، فإن مالكا والشافعى وجماعة قالوا : جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج فى صداقها إذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقلّ منه ؛ وقال قائلون : ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت ، فمن شبهه بسائر الأعواض فى المعاملات رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا ؛ ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك ، وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

(المسئلة الثانية) وأما صفة العوض ، فإن الشافعى وأبا حنيفة يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجوب ، ومالك يجيز فيه المجهول الوجود

والقدر والمعدوم ، مثل الآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف . وحكى عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم. وسبب الخلاف تردّد العوض ههنا بين العوض فى البيوع أو الأشياء الموهوبة والموصى بها ؛ فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط فى البيوع وفى أعواض البيوع ؛ ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك . واختلفوا إذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على أن الطلاق يقع ؟ فقال مالك : لاتستحق عوضا ، وبه قال أبوحنيفة ؛ وقال الشافعي : يجب لها مهر المثل [١] .

(المسئلة الثالثة) وأما ما يرجع إلى الحال التى يجوز فيها الخلع من التى لايجوز فإن الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضى إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها ؛ والأصل فى ذلك قوله تعالى ـ ولا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ ما آتَيْتُمُوهُنَّ إلاَّ أنْ يأتِينَ بِفاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ـ وقوله تعالى ـ فإنْ خِفْتُمْ أنْ لايُقيما حُدُودَ اللهِ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيما افْتَدَتْ بِهِ ـ وشذ أبو قلابة والحسن البصرى فقالا : لايحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزنى ، وحملوا الفاحشة فى الآية على الزنا ؛ وقال داود : لايجوز إلا بشرط الخوف أن لايقيما حدود الله على ظاهر الآية ؛ وشذ النعمان فقال : يجوز الخلع مع الإضرار ؛ والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة فى مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل ، فيتحصل فى الخلع خمسة أقوال : قول إنه لا يجوز أصلا . وقول إنه يجوز على كل حال : أى مع الضرر . وقول إنه لايجوز إلا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لايقيما حدود الله . وقول إنه يجوز فى كل حال إلا مع الضرر ، وهو المشهور .

(المسئلة الرابعة) وأما من يجوز له الخلع ممن لايجوز فإنه لاخلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها ، وأن الأمة لاتخالع عن نفسها إلا برضا سيدها ، وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر ؛ وقال مالك : يخالع

---

(١) هكذا جميع النسخ . ولعل الصواب يجب عليها ، فإن العوض راجع للزوج ، فليتأمل اهـ مصححه .

الأب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لأنه عنده يطلق عليه ، والخلاف فى الابن الصغير قال الشافعى وأبو حنيفة : لايجوز لأنه لايطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها ؛ وروى ابن نافع عن مالك أنه يجوز خلعها بالثلث كله ؛ وقال الشافعى : لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز ، وكان من رأس المال ، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث . وأما المهملة التى لاوصى لها ولا أب فقال ابن القاسم : يجوز خلعها إذا كان خلع مثلها ، والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها ؛ وشذ الحسن وابن سيرين فقالا : لايجوز الخلع إلا بإذن السلطان .

الفصل الثالث فى نوعه

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق ، وبه قال مالك ، وأبو حنيفة سوّى بين الطلاق والفسخ ؛ وقال الشافعى : هو فسخ ، وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس . وقد روى عن الشافعى أنه كناية ، فإن أراد به الطلاق كان طلاقا وإلا كان فسخا ، وقد قيل عنه فى قوله الجديد إنه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به فى التطليقات أم لا ؟ وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا ، لأنه لو كان للزوج فى العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور : إن لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة ، وإن كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا بأن الفسوخ إنما هى التى تقتضى الفرقة الغالبة للزوج فى الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره ، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ ، واحتج من لم يره طلاقا بأن الله تبارك وتعالى ذكر فى كتابه الطلاق فقال ـ الطلاق مرتان ـ ثم ذكر الافتداء ثم قال ـ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ـ فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذى لاتحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع ، وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضى قياسا على فسوخ البيع : أعنى الإقالة ، وعند المخالف أن الآية إنما تضمنت حكم الافتداء على أنه شىء يلحق جميع أنواع

الطلاق لأنه شيء غير الطلاق . فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها ؟ .

الفصل الرابع فيما يلحقه من الأحكام

وأما لواحقه ففروع كثيرة ، لكن نذكر منها ما شهر : فمنها هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا ؟ فقال مالك : لايرتدف إلا إن كان الكلام متصلا ؛ وقال الشافعى : لايرتدف وإن كان الكلام متصلا ؛ وقال أبوحنيفة : يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخى . وسبب الخلاف أن العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق ، وعند أبى حنيفة من أحكام النكاح ، ولذلك لايجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها ، فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده، ومن لم ير ذلك لم يرتدف ؛ ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لارجعة للزوج على المختلعة فى العدة ، إلا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب أنهما قالا : إن ردّ لها ما أخذمنها فى العدة أشهد على رجعتها ، والفرق الذى ذكرناه عن أبى ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لايكون ؛ ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يتزوجها برضاها فى عدتها ؛ وقالت فرقة من المتأخرين : لايتزوجها هو ولا غيره فى العدة . وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح فى العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل ؟ . واختلفوا فى عدة المختلعة وسيأتى بعد . واختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة فى مقدار العدد الذى وقع به الخلع فقال مالك : القول قوله إن لم يكن هنالك بينة ؛ وقال الشافعى : يتحالفان ويكون عليها مهر المثل ، شبه الشافعى اختلافهما باختلاف المتبايعين ؛ وقال مالك : هى مدّعى عليها وهو مدع . ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

الباب الرابع فى تمييز الطلاق من الفسخ

واختلف قول مالك رحمه الله فى الفرق بين الفسخ الذى لايعتد به فى التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذى يعتد به فى الثلاث إلى قولين : أحدهما أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه : أعنى فى جوازه ، وكان الخلاف مشهورا

فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم ، فهذه على هذه الرواية هى طلاق لا فسخ . والقول الثانى أن الاعتبار فى ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق ، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرّمة بالرضاع أو النكاح ٬ العدة وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

الباب الخامس فى التخيير والتمليك

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة : التمليك والتخيير ، والتمليك عن مالك فى المشهور غير التخيير ، وذلك أن التمليك هو عنده تمليك المرأة إيقاع الطلاق ، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ، والمملك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة ، والخيار بخلاف ذلك لأنه يقتضى إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة إلا أن يكون تخييرا مقيدا مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة أو تطليقتين ؛ ففى الخيار المطلق عند مالك ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث ، وإن اختارت واحدة لم يكن لها ذلك ، والمملّكة لا يبطل تمليكها عنده إن لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس ؛ والرواية الثانية أنه يبقى لها التمليك إلى أن تردّ أو تطلق والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله إياها على تطليق نفسها أن فى التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق ، وليس له ذلك فى التمليك ؛ وقال الشافعى : اختارى وأمرك بيدك سواء ، ولا يكون ذلك طلاقا إلا أن ينويه ، وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثا فثلاث ، فله عنده أن يناكرها فى الطلاق نفسه ، وفى العدد فى الخيار أو التمليك ، وهى عنده إن طلقت نفسها رجعية ، وكذلك هى عند مالك فى التمليك ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : الخيار ليس بطلاق ، فإن طلقت نفسها فى التمليك واحدة فهى بائنة ؛ وقال الثورى : الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما ، وقد قيل القول قولها فى أعداد الطلاق فى التمليك ، وليس للزوج مناكرتها ، وهذا القول مروى عن على وابن المسيب ؛ وبه قال الزهرى وعطاء ، وقد قيل إنه ليس للمرأة فى التمليك إلا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة ،

وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضى الله عنهما ، روى أنه جاء ابن مسعود رجل فقال : كان بينى وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس ، فقالت : لو أن الذى بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع ، قال : فإن الذى بيدى من أمرك بيدك ، قالت : فأنت طالق ثلاثا ، قال : أراها واحدة وأنت أحق بها ما دامت فى عدتها ، وسألنى أمير المؤمنين عمر ، ثم لقيه فقص عليه القصة فقال : صنع الله بالرجال وفعل : يعمدون إلى ما جعل الله فى أيديهم فيجعلونه بأيدى النساء بفيها التراب ، ماذا قلت فيها ؟ .قال : قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال : وأنا أرى ذلك ، ولو رأيت غير ذلك علمت أنك لم تصب ، وقد قيل ليس التمليك بشىء لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة بجعل جاعل . وكذلك التخيير وهو قول أبى محمد بن حزم وقول مالك فى المملّكة إن لها الخيار فى الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت فى المجلس وهو قول الشافعى وأبى حنيفة والأوزاعى وجماعة فقهاء الأمصار ؛ وعند الشافعى أن التمليك إذا أراد به الطلاق كالوكالة ، وله أن يرجع فى ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق ، وإنما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير ، وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه ، قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا ، لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أنهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق . وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتمليك واحد فى الحكم ، لأن من عرف دلالة اللغة أن من ملّك إنسانا أمرا من الأمور إن شاء أن يفعله أو لا يفعله فإنه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها اختارينى أو اختارى نفسك أنه ظاهر بعرف الشرع فى معنى البينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لأن المفهوم منه إنما كان البينونة وإنما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج فى التمليك أنه لم يرد به طلاقا إذا زعم ذلك لأنه لفظ ظاهر فى معنى جعل الطلاق بيدها ، وأما الشافعى فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية . فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية ، وكذلك فعل فى التخيير ، وإنما اتفقوا على

أن له مناكرتها فى العدد : أعنى فى لفظ التمليك ، لأنه لايدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره ، وإنما رأى مالك والشافعى أنه إذا طلقت نفسها بتمليكه إياها طلقة واحدة أنها تكون رجعية ، لأن الطلاق إنما يحمل على العرف الشرعى وهو طلاق السنة ، وإنما رأى أبو حنيفة أنها بائنة ، لأنه إذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها فى التمليك ثلاثا وأنه ليس للزوج مناكرتها فى ذلك ، فلأن معنى التمليك عنده إنما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهى مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط أو التخيير ، فإنما ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطا للرجال لأن العلة فى جعل الطلاق بأيدى الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة ، وجمهور العلماء على أن المرأة إذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم . وروى عن الحسن البصرى أنها إذا اختارت زوجها فواحدة ، وإذا اختارت نفسها فثلاث ، فيتحصل فى هذه المسئلة الخلاف فى ثلاثة مواضع : أحدها أنه لايقع بواحد منهما طلاق . والثانى أنه تقع بينهما فرقة . والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة ، أعنى أن تملك بالتخيير البينونة ، وبالتمليك ما دون البينونة ، وإذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة ، وقيل تملك الثلاث ؛ وإذا قلنا إنها تملك واحدة فقيل رجعية ، وقيل بائنة . وأما حكم الألفاظ التى تجيب بها المرأة فى التخيير والتمليك فهى ترجع إلى حكم الألفاظ التى يقع بها الطلاق فى كونها صريحة فى الطلاق أوكناية أو محتملة ، وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم فى ألفاظ الطلاق .

(الجملة الثانية) وفى هذه الجملة ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى ألفاظ الطلاق وشروطه . الباب الثانى : فى تفصيل من يجوز طلاقه ممن لايجوز . الباب الثالث فى تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لايقع .

الباب الأول فى ألفاظ الطلاق وشروطه

وهذا الباب فيه فصلان : الفصل الأول : فى أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة . الفصل الثانى : فى أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

الفصل الأول فى أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة

أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية وبلفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح ، أو بالنية دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية ؛ فمن اشترط فيه النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع ، وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ، ومن شبهه بالعقد فى النذر وفى اليمين أوقعه بالنية فقط ، ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط . واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان : صريح ، وكناية . واختلفوا فى تفصيل الصريح من الكناية وفى أحكامها وما يلزم فيها ، ونحن إنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجرى مجرى الأصول ، فقال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط ، وما عدا ذلك كناية ، وهى عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وهى المذكورة فى القرآن ؛ وقال بعض أهل الظاهر : لايقع طلاق إلا بهذه الثلاث . فهذا هو اختلافهم فى صريح الطلاق من غير صريحه . وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح لأن دلالته على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا فى هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهى مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف : أعنى أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق ، أو هى باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت فى هذا المعنى : أعنى فى معنى الطلاق كانت مجازا إذ هذا هو معنى الكناية : أعنى اللفظ الذى يكون مجازا فى دلالته ، وإنما ذهب من ذهب إلى أنه لايقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ الثلاثة ، لأن الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهى عبادة ، ومن شرطها اللفظ ، فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعى الوارد فيها . فأما اختلافهم فى أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان

مشهورتان : إحداهما اتفق مالك والشافعى وأبوحنيفة عليها . والثانية اختلفوا فيها . فأما التى اتفقوا عليها فإن مالكا والشافعى وأبا حنيفة قالوا : لايقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقا إذا قال لزوجته أنت طالق ، وكذلك السراح والفراق عند الشافعى ؛ واستثنت المالكية بأن قالت : إلا أن تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه ، مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق . وفقه المسئلة عند الشافعى وأبى حنيفة أن الطلاق لايحتاج عندهم إلى نية ؛ وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى نية ، لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ، ومن رأيه الحكم بالتهم سدّا للذرائع ، وذلك مما خالفه فيه الشافعى وأبوحنيفة ، فيجب على رأى من يشترط النية فى ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدقه فيما ادعى .

(وأما المسئلة الثانية) فهى اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق ، وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة إماثنتين وإما ثلاثا ، فقال مالك : هو ما نوى وقد لزمه ، وبه قال الشافعى إلا أن يقيد فيقول طلقة واحدة ، وهذا القول هو المختار عند أصحابه ؛ وأما أبوحنيفة فقال : لايقع ثلاثا بلفظ الطلاق لأن العدد لايتضمنه لفظ الإفراد لا كناية ولا تصريحا . وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل ؟ فمن قال بالنية أوجب الثلاث ، وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ؛ ومن رأى أنه لايحتمل العدد وأنه لابد من اشتراط اللفظ فى الطلاق مع النية قال : لايجب العدد وإن نواه ؛ وهذه المسئلة اختلفوا فيها ، وهى من مسائل شروط ألفاظ الطلاق : أعنى اشتراط النية مع اللفظ، أوبانفراد أحدهما ، فالمشهور عن مالك أن الطلاق لايقع إلا باللفظ والنية ، وبه قال أبوحنيفة ، وقد روى عنه أنه يقع باللفظ دون النية ؛ وعند الشافعى أن لفظ الطلاق الصريح لايحتاج إلى نية ؛ فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم « إنمَا الأعمالُ بالنِّيَّات » ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِى الخَطأُ والنِّسْيانُ وَمَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسُهَا » والنية دون قول حديث نفس قال : وليس يلزم من اشترط النية فى العمل فى الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها . واختلف المذهب

هل يقع بلفظ الطلاق فى المدخول بها طلاق بائن إذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض ؟ فقيل يقع ، وقيل لايقع ، وهذه المسئلة هى من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التى ليست بصريح ، فمنها ما هى كناية ظاهرة عند مالك ، ومنها ما هى كناية محتملة ؛ ومذهب مالك أنه إذا ادعى فى الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه فى الصريح ، وكذلك لايقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث فى الكنايات الظاهرة وذلك فى المدخول بها إلا ان يكون قال ذلك فى الخلع . وأما غير المدخول بها فيصدقه فى الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث ، لأن طلاق غير المدخول بها بائن ، وهذه هى مثل قولهم : حبلك على غاربك ، ومثل البتة ، ومثل قولهم : أنت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعى فى الكنايات الظاهرة فإنه يرجع فى ذلك إلى ما نواه ، فإن كان نوى طلاقا كان طلاقا وإن كان نوى ثلاثا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق فى ذلك وقول أبى حنيفة فى ذلك مثل قول الشافعى ، إلا أنه إذا نوى على أصله ، احدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة ، وإن اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينوه لم يصدق ، وذلك إذا كان عنده فى مذاكرته الطلاق ؛ وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها إذا اقترنت بها هذه القرينة إلاّ أربع : حبلك على غاربك ، واعتدّى ، واستبرئى ، وتقنعى ، لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعى فى الكناية الظاهرة ، وخالفه فى ذلك جمهور العلماء فقالوا : ليس فيها شىء ، وإن نوى طلاقا فيتحصل فى الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال : قول أن يصدق بإطلاق ، وهو قول الشافعى ؛ وقول إنه لايصدق بإطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة ، وهو قول مالك ؛ وقول إنه يصدق إلا أن يكون فى مذاكرة الطلاق ، وهو قول أبى حنيفة . وفى المذهب خلاف فى مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل ، وبين قوتها وضعفها فى الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهى راجعة إلى هذه الأصول ؛ وإنما صار مالك إلى أنه لايقبل قوله فى الكنايات الظاهرة إنه لم يرد به طلاقا ، لأن العرف اللغوى

والشرعى شاهد عليه ، وذلك أن هذه الألفاظ إنما تلفظ بها الناس غالبا ، والمراد بها الطلاق ، إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك ، وإنما صار إلى أنه لايقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث ، لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة ، والبينونة لاتقع إلا خلعا عنده فى المشهور أو ثلاثا ، وإذا لم تقع خلعا لأنه ليس هنالك عوض فبقى أن يكون ثلاثا ، وذلك فى المدخول بها ؛ ويتخرج على القول فى المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق فى ذلك وتكون واحدة بائنة ، وحجة الشافعى أنه إذا وقع الإجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث فى صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى أن يقبل قوله فى كنايته لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ، ويشبه أن تقول المالكية إن لفظ الطلاق وإن كان صريحا فى الطلاق فليس بصريح فى العدد ومن الحجة للشافعى حديث ركانة المتقدم ، وهو مذهب عمر فى حبلك على غاربك ، وإنما صار الشافعى إلى أن الطلاق فى الكنايات الظاهرة إذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم ، وصار أبو حنيفة إلى أنه يكون بائنا لأنه المقصود به قطع العصمة ، ولم يجعله ثلاثا لأن الثلاث معنى زائد على البينونة عنده . فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ ؟ وإذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البينونة فقط أو العدد ؟ فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ، ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النية .

ومما اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الأمصار من هذا الباب : أعنى من جنس المسائل الداخلة فى هذا الباب لفظ التحريم : أعنى من قال لزوجته أنت على حرام ، وذلك أن مالكا قال : يحمل فى المدخول بها على البتّ : أى الثلاث وينوى فى غير المدخول بها ، وذلك على قياس قوله المتقدم فى الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبى ليلى وزيد بن ثابت وعلىّ من الصحابة ، وبه قال أصحابه إلا ابن الماجشون فإنه قال : لاينوى فى غير المدخول بها وتكون ثلاثا ، فهذا هو أحد الأقوال فى هذه المسئلة ، والقول الثانى أنه إن نوى بذلك ثلاثا فهى ثلاث وإن نوى واحدة فهى واحدة بائنة ، وإن نوى يمينا فهو يمين يكفرها ، وإن لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشىء ، هى كذبة ، وقال بهذا القول الثورى ، والقول الثالث أنه يكون أيضا ما نوى بها وإن نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا

فثلاث ، وإن لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها ، وهذا القول قاله الأوزاعى . والقول الرابع أن ينوى فيها فى الموضعين فى إرادة الطلاق وفى عدده ، فما نوى كان ما نوى ، فإن نوى واحدة كان رجعيا ، وإن أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعى . والقول الخامس أنه ينوى أيضا فى الطلاق وفى العدد ، فإن نوى واحدة كانت بائنة ، فإن لم ينو طلاقا كان يمينا وهو مول ، فإن نوى الكذب فليس بشىء ، وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه . والقول السادس إنها يمين يكفرها ما يكفر اليمين ، إلا أن بعض هؤلاء قال يمين مغلظة ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين ؛ وقال ابن عباس وقد سئل عنها : لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة ، خرجه البخارى ومسلم ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى - ياأَيُّهَا النَّبِىُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللهُ لكَ - الآية . والقول السابع أن تحريم المرأة كتحريم الماء ، وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى - لا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ ما أَحَلَّ اللهُ لَكُمْ - وهو قول مسروق والأجدع وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى وغيرهم . ومن قال فيها إنها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب فى الظهار ، وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة . وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية ؟ أو ليس بيمين ولا كناية ؟ فهذه أصول ما يقع من الاختلاف فى ألفاظ الطلاق.

الفصل الثانى فى ألفاظ الطلاق المقيدة

والطلاق المقيد لايخلو من قسمين : إما تقييد اشتراط ، أو تقييد استثناء ، والتقييد المشترط لايخلو أن يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الأفعال المستقبلة أو بخروج شىء مجهول العلم إلى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لايتوصل إلى علمه إلا بعد خروجه إلى الحس ، أو إلى الوجود أو بما لاسبيل إلى الوقوف عليه مما هو ممكن أن يكون أو لايكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فإنه لايخلو أن يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق ، فإذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق إن شاء الله ، أو على جهة الاستثناء مثل أن يقول أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فإن مالكا قال : لايؤثر

الاستثناء فى الطلاق شيئا وهو واقع ولا بد . وقال أبو حنيفة والشافعى : إذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق . وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالأفعال المستقبلة أو لا يتعلق ؟ وذلك أن الطلاق هو فعل حاضر ؛ فمن قال لا يتعلق به قال : لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة فى الطلاق ؛ ومن قال يتعلق به قال : يؤثر فيه . وأما إن علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل إلى علمها فلا خلاف فى مذهب مالك أن الطلاق يقف على اختيار الذى علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ، ففيه خلاف فى المذهب ، قيل يلزمه الطلاق ، وقيل لا يلزمه ، والصبى والمجنون داخلان فى هذا المعنى ؛ فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال : يقع هذا الطلاق ؛ ومن اعتبر وجود الشرط قال : لا يقع لأن الشرط قد عدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلة ، فإن الأفعال التى يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب : أحدها ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد ، فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غدا ، فهذا يقع ناجزا عند مالك ، ويقف وقوعه عند الشافعى وأبى حنيفة على وجود الشرط ؛ فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال : لا يقع إلا بوقوع الشرط ؛ ومن شبهه بالوطء الواقع فى الأجل بنكاح المتعة لكونه وطئا مستباحا إلى أجل قال : يقع الطلاق ؛ والثالث هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط ، وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجىء الحيض والطهر ، فى ذلك روايتان عن مالك : إحداهما وقوع الطلاق ناجزا ؛ والثانية وقوعه على وجود شرطه ، وهو الذى يأتى على مذهب أبى حنيفة والشافعى ، والقول بإنجاز الطلاق فى هذا يضعف لأنه مشبه عنده بما يقع ولا بد ، والخلاف فيه قوى . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فإن كان لا سبيل إلى علمه مثل أن يقول : إن كان خلق الله اليوم فى بحر القلزم حوتا بصفة كذا فأنت طالق ، فلا خلاف أعلمه فى المذهب أن الطلاق يقع فى [1] ، وأما إن علقه بشىء يمكن أن يعلم بخروجه إلى الوجود مثل أن يقول : إن ولدت أنثى فأنت طالق

فإن الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشىء إلى الوجود . وأما إن حلف بالطلاق أنها تلد أنثى ، فإن الطلاق فى الحين يقع عنده وإن ولدت أنثى ، وكان هذا من باب التغليظ ، والقياس يوجب أن يوقف الطلاق على خروج ذلك الشىء أو ضده ومن قول مالك إنه إذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلا من الأفعال أنه لايحنث حتى يفعل ذلك الفعل ؛ وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الأفعال فإنه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته ، فإن امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الإيلاء ضرب له أجل الإيلاء ولكن لايقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان مما يقع فوته ، ومن العلماء من يرى أنه على بر حتى يفوت الفعل ، وإن كان مما لايفوت كان على البر حتى يموت . ومن هذا الباب اختلافهم فى تبعيض المطلقة ، أو تبعيض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق ؛ فأما مسئلة تبعيض المطلقة ، فإن مالكا قال : إذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه ؛ وقال أبوحنيفة : لاتطلق إلا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج ، وكذلك تطلق عنده إذا طلق الجزء منها ، مثل الثلث أو الربع ؛ وقال داود : لاتطلق ؛ وكذلك إذا قال عند مالك : طلقتك نصف تطليقة طلقت ، لأن هذا كله عنده لايتبعض ؛ وعند المخالف إذا تبعض لم يقع ، وأما إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقا ، فإنه يكون ثلاثا عند مالك ؛ وقال أبوحنيفة والشافعى : يقع واحدة ؛ فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد ، أعنى بقوله طلقتك ثلاثا قال : يقع الطلاق ثلاثا ؛ ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه قال : لايقع عليها الثانى والثالث ، ولا خلاف بين المسلمين فى ارتدافه فى الطلاق الرجعى . وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فإنما يتصور فى العدد فقط ، فإذا طلق أعدادا من الطلاق ، فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يستثنى ذلك العدد بعينه ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، أو اثنتين إلا اثنتين ؛ وإما أن يستثنى ما هو أقل . وإذا استثنى ما هو أقل ، فإما أن يستثنى ما هو أقل مما هو أكثر ، وإما أن يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل ؛ فإذا استثنى الأقل من الأكثر فلا خلاف أعلمه أن الاستثناء يصح ويسقط المستثنى : مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة . وأما إن

استثنى الأكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان : أحدهما أن الاستثناء لايصح ، وهو مبنىّ على من منع أن يستثنى الأكثر من الأقل . والآخر أن الاستثناء يصح ، وهو قول مالك . وأما إذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، فإن مالكا قال : يقع الطلاق لأنه اتهمه على أنه رجوع منه . وأما إذا لم يقل بالتّهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه ، كما لوقال أنت طالق لاطالق معا ، فإن وقوع الشىء مع ضده مستحيل . وشذ أبومحمد بن حزم فقال : لايقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع ، لأن الطلاق لايقع فى وقت وقوعه إلا بإيقاع من يطلق فى ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا إجماع على وقوع طلاق فى وقت لم يوقعه فيه المطلق ، وإنما ألزم نفسه إيقاعه فيه ، فإن قلنا باللزوم لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع ، هذا قياس قوله عندى وحجته ، وإن كنت لست أذكر فى هذا الوقت احتجاجه فى ذلك .

الباب الثانى فى المطلق الجائز الطلاق

واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره ، واختلفوا فى طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض إن صح ، واختلفوا هل ترثه إن مات أم لا ؟ فأما طلاق المكرَه فإنه غير واقع عند مالك والشافعى وأحمد وداود وجماعة ، وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى ابن أبى طالب وابن عباس ، وفرّق أصحاب الشافعى بين أن ينوى الطلاق أو لاينوى شيئا ، فإن نوى الطلاق فعنهم قولان أصحهما لزومه ، وإن لم ينو فقولان أصحهما أنه لايلزم ؛ وقال أبوحنيفة وأصحابه : هو واقع ، وكذلك عتقه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق . وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الإكراه مختار أم ليس بمختار ؟ لأنه ليس يكره على اللفظ إذ كان اللفظ إنما يقع باختياره . والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار فى إيقاع الشىء أصلا ، وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولكن الأظهر أن المكره على الطلاق وإن كان موقعا للفظ

باختياره أنه ينطلق عليه فى الشرع اسم المكره لقوله تعالى - إلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بالإيمَانِ - وإنما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق ، لأن الطلاق مغلظ فيه ، ولذلك استوى جده وهزله . وأما طلاق الصبى ، فإن المشهور عن مالك أنه لايلزمه حتى يبلغ ؛ وقال فى مختصر ما ليس فى المختصر : أنه يلزمه إذا ناهز الاحتلام ، وبه قال أحمد بن حنبل إذا هو أطاق صيام رمضان ؛ وقال عطاء : إذا بلغ اثنتى عشرة سنة جاز طلاقه ، وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وأما طلاق السكران ، فالجمهور من الفقهاء على وقوعه ؛ وقال قوم : لا يقع منهم المزنى وبعض أصحاب أبى حنيفة . والسبب فى اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق ؟ فمن قال هو والمجنون سواء إذ كان كلاهما فاقدا للعقل ، ومن شرط التكليف العقل قال : لايقع ؛ ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق ، وذلك من باب التغليظ عليه . واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الأحكام وما لايلزمه ، فقال مالك : يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ، ولم يلزمه النكاح ولا البيع ، وألزمه أبو حنيفة كل شىء ؛ وقال الليث : كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد فى قذف ، وكل ماجنته جوارحه فلازم له ، فيحد فى الشرب والقتل والزنى والسرقة . وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه كان لايرى طلاق السكران . وزعم بعض أهل العلم أنه لامخالف لعثمان فى ذلك من الصحابة . وقول من قال : إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه ليس نصا فى إلزام السكران الطلاق لأن السكران معتوه ما ، وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين : أعنى أن طلاقه ليس يلزم ؛ وعن الشافعى القولان فى ذلك ، واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور ، واختار المزنى من أصحابه أن طلاقه غير واقع . وأما المريض الذى يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه ، فإن مالكا وجماعة يقول : ترثه زوجته ، والشافعى وجماعة لايورثها . والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق : ففرقة قالت لها الميراث مادامت فى العدة ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثورى ؛ وقال قوم : لها الميراث ما لم تتزوج ،

وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى؛ وقال قوم : بل ترث كانت فى العدة أو لم تكن ، تزوجت أم لم تتزوج ، وهو مذهب مالك والليث . وسبب الخلاف اختلافهم فى وجوب العمل بسدّ الذرائع ؛ وذلك أنه لما كان المريض يتهم فى أن يكون إنما طلق فى مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث ؛ فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ؛ ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا ، وذلك أن هذه الطائفة تقول : إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه ، لأنهم قالوا : إنه لا يرثها إن ماتت وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها ، ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين ، لأنه يعسر أن يقال إن فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية ؛ وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح ، لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح ، وهذا كله مما يعسر القول به فى الشرع ، ولكن إنما أنس القائلون به أنه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية أنه إجماع الصحابة ، ولا معنى لقولهم فإن الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور . وأما من رأى أنها ترث فى العدة ، فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية ، وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية ، وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من اشترط فى توريثها ما لم تتزوج فإنه لحظ فى ذلك إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين . ولكون التهمة هى العلة عند الذين أوجبوا الميراث . واختلفوا إذا طلبت هى الطلاق أو ملّكها أمرها الزوج فطلقت نفسها ، فقال أبو حنيفة : لا ترث أصلا ؛ وفرق الأوزاعى بين التمليك والطلاق فقال : ليس لها الميراث فى التمليك ولها فى الطلاق وسوّى مالك فى ذلك كله حتى لقد قال : إن ماتت لا يرثها وترثه هى إن مات ، وهذا مخالف للأصول جدا .

الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق

وأما من يقع طلاقه من النساء ، فإنهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتى فى عصمة أزواجهن ، أو قبل أن تنقضى عددهن فى الطلاق الرجعى ،

وأنه لايقع على الأجنبيات : أعنى الطلاق المعلق . وأما تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول : إن نكحت فلانة فهى طالق ، فإن للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب : قول إن الطلاق لايتعلق بأجنبية أصلاً عمّ المطلق أوخص ، وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجماعة ؛ وقول إنه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء أوخصص ، وهو قول أبى حنيفة وجماعة وقول إنه إن عم جميع النساء لم يلزمه ، وإن خصص لزمه ، وهو قول مالك وأصحابه ، أعنى مثل أن يقول : كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهى طالق ، وكذلك فى وقت كذا ، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا زوجن . وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لايتعلق الطلاق بالأجنبية ؛ ومن قال ليس من شرطه إلاوجود الملك فقط قال : يقع بالأجنبية . وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنىّ على المصلحة ، وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عنتا به وحرجا ، وكأنه من باب نذر المعصية ؛ وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق ؛ واحتج الشافعى بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاطَلاقَ إلاَّ مِنْ بَعْدِ نِكاحٍ » وفى رواية أخرى « لاطَلاقَ فيما لاَيمْلِكُ ولا عِتْقَ فيما لاَيمْلِكُ » وثبت ذلك عن علىّ ومعاذ وجابر ابن عبد الله وابن عباس وعائشة ؛ وروى مثل قول أبى حنيفة عن عمر وابن مسعود ، وضعّف قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله عنهم .

(الجملة الثالثة : فى الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين : بائن ، ورجعى ، وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعى وجب أن يكون فى هذا الجنس بابان : الباب الأول : فى أحكام الرجعة فى الطلاق الرجعى . الباب الثانى : فى أحكام الارتجاع فى الطلاق البائن .

الباب الأول فى أحكام الرجعة فى الطلاق الرجعى

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة فى الطلاق الرجعى ما دامت فى العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى ـ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَلِكَ ـ وأن من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له ، واتفقوا على أنها تكون بالقول والإشهاد . واختلفوا هل الإشهاد شرط فى صحتها أم ليس بشرط ؟ وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء ؟ فأما الإشهاد فذهب مالك إلى أنه مستحب ، وذهب الشافعى إلى أنه واجب . وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر ، وذلك أن ظاهر قوله تعالى ـ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ـ يقتضى الوجوب ، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التى يقبضها الإنسان يقتضى أن لا يجب الإشهاد ، فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة ، فإن قوما قالوا : لاتكون الرجعة إلا بالقول فقط ، وبه قال الشافعى ؛ وقوم قالوا : تكون رجعتها بالوطء ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فقال قوم : لاتصح الرجعة بالوطء إلا إذا نوى بذلك الرجعة ، لأن الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية ، وهو قول مالك ؛ وأما أبوحنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية ؛ فأما الشافعى فقاس الرجعة على النكاح وقال : قد أمر الله بالإشهاد ، ولا يكون الإشهاد إلا على القول . وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبى حنيفة فإن أبا حنيفة يرى أن الرجعية محللة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولأن الملك لم ينفصل عنده ، ولذلك كان التوارث بينهما ؛ وعند مالك أن وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها ، فلا بد عنده من النية ، فهذا هو اختلافهم فى شروط صحة الرجعة . واختلفوا فى مقدار ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من المطلقة الرجعية ما دامت فى العدة ، فقال مالك : لايخلو معها ولا يدخل عليها إلا بإذنها ولا ينظر إلى شعرها ، ولابأس أن يأكل معها إذا كان معهما غيرهما . وحكى ابن القاسم أنه رجع عن إباحة الأكل معها ؛ وقال أبوحنيفة : لابأس أن تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدى البنان والكحل ، وبه قال الثورى وأبو يوسف والأوزاعى ، وكلهم قالوا : لايدخل عليها إلا أن

تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحنح أو خفق نعل . واختلفوا فى هذا الباب فى الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتتزوج إذا انقضت عدتها ، فذهب مالك إلى أنها للذى عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل، هذا قوله فى الموطأ ، وبه قال الأوزاعى والليث . وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول ، وأنه قال : الأول أولى بها إلا أن يدخل الثانى ، وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا : ولم يرجع عنه لأنه أثبته فى موطئه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه ، وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك فى الموطأ ؛ وأما الشافعى والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا : زوجها الأول الذى ارتجعها أحق بها دخل بها الثانى أو لم يدخل ، وبه قال داود وأبو ثور ، وهو مروى عن علي وهو الأبين ؛ وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال فى هذه المسئلة : إن الزوج الذى ارتجعها مخيرّ بين أن تكون امرأته أو أن يرجع عليها بما كان أصدقها ، وحجة مالك فى الرواية الأولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة فى الذى يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره أنه ليس له من أمرها شىء ولكنها لمن تزوجها ، وقد قيل إن هذا الحديث إنما يُروى عن ابن شهاب فقط ؛ وحجة الفريق الأول أن العلماء قد أجمعوا على أن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة ، بدليل أنهم قد أجمعوا على أن الأول أحق بها قبل أن تتزوج ، وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثانى فاسداً ، فإن نكاح الغير لا تأثير له فى إبطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول ، وهو الأظهر إن شاء الله ، ويشهد لهذا ما خرجه الترمذى عن سمرة بن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أيمَا امْرأة تزَوّجَها اثْنان فَهِي للأوّلِ مِنْهُما ، وَمَنْ باعَ بَيْعا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ لِلأوّلِ مِنْهُما » .

الباب الثانى فى أحكام الارتجاع فى الطلاق البائن

والطلاق البائن ، إما بما دون الثلاث فذلك يقع فى غير المدخول بها بلا خلاف ، وفى المختلعة باختلاف ، وهل يقع أيضا دون عوض ؟ فيه خلاف ،

وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح : أعني في اشتراط الصداق والولي والرضا ، إلا أنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور ؛ وشذ قوم فقالوا : المختلعة لايتزوجها زوجها في العدة ولا غيره ، وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة . وأما البائنة بالثلاث ، فإن العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لاتحل لزوجها الأول إلا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموءل « أنه طلق امرأته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير ، فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها ، فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال : لاَتحِلُّ لكَ حتى تَذُوقَ العُسَيْلَةَ » . وشذ سعيد بن المسيب فقال : إنه جائز أن ترجع إلى زوجها الأول بنفس العقد لعموم قوله تعالى ـ حتى تَنْكِحَ زَوْجا غَيْرَهُ ـ والنكاح ينطلق على العقد ، وكلهم قال : التقاء الختانين يحلها ، إلا الحسن البصري فقال : لاتحل إلا بوطء بإنزال . وجمهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم : لايحل المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف ، ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمي لمسلم ، ولا وطء من لم يكن بالغا ، وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي فقالوا : يحل الوطء وإن وقع في عقد فاسد أو وقت غير مباح . وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ، ويحل وطء الذمي الذمية للمسلم ، وكذلك المجنون عندهم ، والخصيّ الذي يبقى له ما يغيبه في فرج ، والخلاف في هذا كله آيل إلى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لايتناوله ؟ واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل : أعني إذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الأول ؛ فقال مالك : النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده ، والشرط فاسد لاتحل به ، ولا يعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل ، وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة النكاح جائز ، ولا تؤثر النية في ذلك ، وبه قال داود وجماعة وقالوا : هو محلل للزوج المطلق ثلاثا ؛ وقال بعضهم : النكاح جائز والشرط باطل : أي ليس

يحللها ، وهو قول ابن أبي ليلى ، وروى عن الثورى ؛ واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث على بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر أنه قال صلى الله عليه وسلم « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ » فلعنه إياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر ، وذلك يدل على النهى ، والنهى يدل على فساد المنهىّ عنه ، واسم النكاح الشرعى لاينطلق على النكاح المنهى عنه . وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى ـ حتى تنكح زوجا غيره ـ وهذا ناكح ، وقالوا : وليس فى تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط فى صحة النكاح ، كما أنه ليس النهى عن الصلاة فى الدار المغصوبة ، مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الإذن من مالكها فى ذلك ، قالوا : وإذا لم يدل النهى على فساد عقد النكاح فأحرى أن لايدل على بطلان التحليل ، وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع أن الطلاق ليس بيدها . واختلفوا فى هل يهدم الزوج ما دون الثلاث ؟ فقال أبو حنيفة يهدم ، وقال مالك والشافعى لايهدم : أعنى إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول أم لا ؟ فمن رأى أن هذا شىء يخص الثالثة بالشرع قال : لايهدم ما دون الثالثة عنده ؛ ومن رأى أنه إذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم ما دونها قال : يهدم ما دون الثلاث ، والله أعلم .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة فيها بابان : الأول : فى العدة . الثانى : فى المتعة

الباب الأول فى العدة

والنظر فى هذا الباب فى فصلين : الفصل الأول : فى عدة الزوجات : الفصل الثانى : فى عدة ملك اليمين .

الفصل الأول فى عدة الزوجات

والنظر فى عدة الزوجات ينقسم إلى نوعين : أحدهما فى معرفة العدة . والثانى : فى معرفة أحكام العدة .

(النوع الأول) وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة ، وكل واحدة من هاتين إذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى - فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا - . وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض . وغير ذوات الحيض إما صغار وإما يائسات ، وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عاداتهن فى الحيض ، وإما مرتفعات الحيض ، وإما مستحاضات . والمرتفعات الحيض فى سن الحيض إما مرتابات بالحمل : أى بحس فى البطن ، وإما غير مرتابات . وغير المرتابات إما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض ، وإما غير معروفات . فأما ذوات الحيض الأحرار الجاريات فى حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء ، والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن ، واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ، ولا خلاف فى هذا لأنه منصوص عليه فى قوله تعالى - وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ - الآية ، وفى قوله تعالى - وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ - الآية . واختلفوا من هذه الآية فى الأقراء ما هى ؟ فقال قوم : هى الأطهار : أعنى الأزمنة التى بين الدمين . وقال قوم : هى الدم نفسه ، وممن قال إن الأقراء هى الأطهار . أما من فقهاء الأمصار فمالك والشافعى وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة ، وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ؛ وممن قال إن الأقراء هى الحيض أما من فقهاء الأمصار فأبو حنيفة والثورى والأوزاعى وابن أبى ليلى وجماعة ، وأما من الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعرى . وحكى الأثرم عن أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون : الأقراء هى الحيض . وحكى أيضا عن الشعبى أنه قول أحد عشر أو اثنى عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه ، فروى عنه أنه كان يقول : إنها الأطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ، ثم توقفت الآن من أجل قول ابن مسعود وعلى هو أنها الحيض ، والفرق بين المذهبين هو أن من رأى أنها الأطهار رأى أنها إذا دخلت الرجعية عنده فى الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للأزواج ، ومن رأى

أنها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضى الحيضة الثالثة . وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء ، فإنه يقال فى كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الأطهار ، وقد رام كلا الفريقين أن يدل على أن لسم القرء فى الآية ظاهر فى المعنى الذى يراه ، فالذين قالوا إنها الأطهار قالوا : إن هذا الجمع خاص بالقرء الذى هو الطهر ، وذلك أن القرء الذى هو الحيض يجمع على أقراء لاعلى قروء ، وحكوا ذلك عن ابن الأنبارى ، وأيضا فانهم قالوا : إن الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلو كان القرء الذى يرا دبه الحيض لما ثبت فى جمعه الهاء ، لأن الهاء لاتثبت فى جمع المؤنث فيما دون العشرة ، وقالوا أيضا : إن الاشتقاق يدل على ذلك ، لأن القرء مشتق من قرأت الماء فى الحوض : أى جمعته ، فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر ، فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثانى من ظاهر الآية فإنهم قالوا : إن قوله تعالى ـ ثلاثة قروء ـ ظاهر فى تمام كل قرء منها ، لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه إلا تجوزا ، وإذا وصفت الأقراء بأنها هى الأطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرءين وبعض قرء ، لأنها عندهم تعتد بالطهر الذى تطلق فيه وإن مضى أكثره وإذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة إلا تجوّزا ، واسم الثلاثة ظاهر فى كمال كل قرء منها ، وذلك لايتفق إلا بأن تكون الأقراء هى الحيض لأن الإجماع منعقد على أنها إن طلقت فى حيضة أنها لاتعتد بها ، ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء ، والذى رضيه الحذاق أن الآية مجملة فى ذلك ، وأن الدليل ينبغى أن يطلب من جهة أخرى ؛ فمن أقوى ما تمسك به من رأى أن الأقراء هى الأطهار حديث ابن عمر المتقدم ، وقوله صلى الله عليه وسلم « مُرْهُ فَلْيُراجِعْها حتى تَحيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ تَحيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ يُطَلِّقَها إنْ شاءَ قَبْلَ أنْ يَمَسَّها ، فَتِلْكَ العِدَّةُ التى أمَرَ اللهُ أنْ يُطَلَّقَ لهَا النِّساءُ » قالوا : وإجماعهم على أن طلاق السنة لايكون إلا فى طهر لم تمس فيه ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » دليل واضح على أن العدة هى الأطهار لكى يكون الطلاق متصلا بالعدة . ويمكن أن يتأول قوله ـ فتلك العدة ـ أى فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق فى الحيض .

وأقوى ما تمسك به الفريق الثانى أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم ، وبراءتها إنما تكون بالحيض لابالأطهار ، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام ، فالحيض هو سبب العدة بالأقراء ، فوجب أن تكون الأقراء هى الحيض واحتج من قال الأقراء هى الأطهار بأن المعتبر فى براءة الرحم هو النقلة من الطهر إلى الحيض لا لانقضاء الحيض ، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، وإذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام : أعنى المشترط هى الأطهار التى بين الحيضتين ، ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة . ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى ، وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ، ولم يختلف القائلون أن العدة هى الأطهار أنها تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا إنها الحيض ، فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة ، وبه قال الأوزاعى ؛ وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة ، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ، ومن الفقهاء الثورى وإسحاق ابن عبيد ؛ وقيل حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها ؛ وقيل إن للزوج عليها الرجعة وإن فرطت فى الغسل عشرين سنة ، حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة ، وهو أيضا شاذ ، فهذه هى حال الحائض التى تحيض . وأما التى تطلق فلا تحيض وهى فى سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض ، فإنها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فإن لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة أشهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت الثالثة فى الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ، ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل . واختلف عن مالك متى تعتد بالتسعة أشهر ؟ فقيل من يوم طلقت ، وهو قوله فى الموطأ ؛ وروى ابن القاسم عنه : من يوم رفعها حيضتها ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى والجمهور فى التى ترتفع حيضتها وهى لاتيأس منها فى المستأنف : إنها تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل فى السن الذى تيأس فيه من المحيض ، وحينئذ تعتد بالأشهر

وتحيض قبل ذلك ؛ وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس ، وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد ؛ وعمدة مالك من طريق المعنى هو أن المقصود بالعدة إنما هو ما يقع به براءة الرحم ظنا غالبا بدليل أنه قد تحيض الحامل ، وإذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية فى العلم ببراءة الرحم بل هى قاطعة على ذلك ، ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة ، فإن حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض ، واحتسبت بذلك القرء ، ثم تنتظر القرء الثانى أو السنة إلى أن تمضى لها ثلاثة أقراء ؛ وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله تعالى - واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر - والتى هى من أهل الحيض ليست بيائسة ، وهذا الرأى فيه عسر وحرج ؛ ولو قيل إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيداً إذا فهم من اليائسة التى لايقطع بانقطاع حيضتها ، وكان قوله - إن ارتبتم - راجعا إلى الحكم لا إلى الحيض على ما تأوله مالك عليه ، فكأن ما لكا لم يطابق مذهبه تأويله الآية ، فإنه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض ، وهذا لايكون إلا من قبل السن ، ولذلك جعل قوله - إن ارتبتم - راجعا إلى الحكم لا إلى الحيض : أى إن شككتم فى حكمهن ، ثم قال فى التى تبقى تسعة أشهر لاتحيض وهى فى سن من تحيض إنها تعتد بالأشهر ؛ وأما إسمعيل وابن بكير من أصحابه ، فذهبوا إلى أن الريبة ههنا فى الحيض ، وأن اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع ، فطابقوا تأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ، ونعم مافعلوا لأنه إن فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب أن تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون فى هذا السن : أعنى سن اليائس وإن من فهم من اليائس ما لايقطع بذلك فقد يجب أن تعتد التى انقطع دمها عن العادة وهى فى سن من تحيض بالأشهر ، وهو قياس قول أهل الظاهر ، لأن اليائسة فى الطرفين ليس هى عندهم من أهل العدة لابالأقراء ولا بالشهور . وأما الفرق فى ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان . وأما التى ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض ، فإن المشهور عند مالك أنها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال ؛ وقد قيل إن المريضة مثل التى ترتفع حيضتها لغير سبب . وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة إذا لم تميز بين الدمين ، فإن ميزت بين الدمين فعنه روايتان : إحداهما

أن عدتها السنة . والأخرى أنها تعمل على التمييز فتعتد بالأقراء ؛ وقال أبو حنيفة عدتها الأقراء إن تميزت لها وإن لم تتميز لها فثلاثة أشهر ؛ وقال الشافعى : عدتها بالتمييز إذا انفصل عنها الدم ، فيكون الأحمر القانى من الحيضة ، ويكون الأصفر من أيام الطهر ، فإن طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها فى صحتها وإنما ذهب مالك إلى بقاء السنة لأنه جعلها مثل التى لاتحيض وهى من أهل الحيض ؛ والشافعى إنما ذهب فى العارفة أيامها أنها تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة « اتركى الصلاةَ أيَّامَ أقْرَائِكِ فإذَا ذَهَبَ عَنْكِ قَدْرُها فاغْسِلِى الدَّمَ » وإنما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش « إذَا كانَ دَمُ الحَيْضِ فإنَّهُ دَمٌ أسْوَدُ يُعْرَفُ ، فإذَا كانَ ذلكِ فَأمْسِكِى عَنِ الصلاةِ ، فإذَا كانَ الآخَرُ فَتَوَضَّئِى وَصَلِّى فإنَّما هُوَ عِرْقٌ » خرّجه أبو داود ، وإنما ذهب من ذهب إلى عدتها بالشهور إذا اختلط عليها الدم ، لأنه معلوم فى الأغلب أنها فى كل شهر تحيض ، وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفاؤه كارتفاعه . وأما المسترابة : أعنى التى تجد حسا فى بطنها تظن به أنه حمل فإنها تمكث أكثر مدة الحمل ، وقد اختلف فيه فقيل فى المذهب أربع سنين ، وقيل خمس سنين ؛ وقال أهل الظاهر : تسعة أشهر ، ولا خلاف أن انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن : أعنى المطلقات لقوله تعالى ـ وأُولاتُ الأحمالِ أجَلُهُنَّ أنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ـ وأما الزوجات غير الحرائر فإنهن ينقسمن أيضا بتلك الأقسام بعينها ، أعنى حُيَّضا ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فأما الحُيَّض اللاتى يأتيهن حيضهن ، فالجمهور على أن عدتهن حيضتان ؛ وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن عدتهن ثلاث حيَض كالحرة ، وبه قال ابن سيرين . فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى ـ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ـ وهى ممن ينطلق عليها اسم المطلقة . واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه ، وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد ، أعنى كونه متنصفا مع الرق ، وإنما جعلوها حيضتين لأن الحيضة الواحدة لا تتبعض . وأما الأمة المطلقة اليائسة من المحيض أو الصغيرة فإن مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا : عدتها ثلاثة أشهر ؛ وقال

الشافعى وأبوحنيفة والثورى وأبوثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة ، وهوالقياس إذا قلنا بتخصيص العموم ، فكأن مالكا اضطرب قوله ، فمرة أخذ بالعموم وذلك فى اليائسات ، ومرة أخذ بالقياس وذلك فى ذوات الحيض ، والقياس فى ذلك واحد . وأما التى ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول فى الحرة والخلاف فى ذلك ، وكذلك المستحاضة واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لاعدة عليها . واختلفوا فيمن راجع امرأته فى العدة من الطلاق الرجعى ثم فارقها قبل أن يمسها هل تستأنف عدة أم لا ؟ فقال جمهور فقهاء الأمصار : تستأنف؛ وقالت فرقة : تبقى فى عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قولى الشافعى ؛ وقال داود : ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة . وبالجملة فعند مالك أن كل رجعة تهدم العدة وإن لم يكن مسيس ، ما خلا رجعة المولى : وقال الشافعى ؛ إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الأولى ، وقول الشافعى أظهر ؛ وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الإنفاق فإن أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة إن كان طلاقا ، وإن لم ينفق بقيت على عدتها الأولى ، وإذا تزوجت ثانيا فى العدة فعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما تداخل العدتين . والأخرى نفيه : فوجه الأولى اعتبار براءة الرحم ، لأن ذلك حاصل مع التداخل . ووجه الثانية كون العدة عبادة ، فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة ، وإذا عتقت الأمة فى عدة الطلاق مضت على عدة الأمة عند مالك ، ولم تنتقل إلى عدة الحرة ؛ وقال أبوحنيفة : تنتقل فى الطلاق الرجعى دون البائن ؛ وقال الشافعى : تنتقل فى الوجهين معا . وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية أم من أحكام انفصالها ؟ فمن قال من أحكام الزوجية قال : لاتنتقل عدتها ؛ ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال : تنتقل كما لو أعتقت وهى زوجة ثم طلقت ؛ وأما من فرق بين البائن والرجعى فبين ، وذلك أن الرجعى فيه شبه من أحكام العصمة ، ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق إذا مات وهى فى عدة من طلاق رجعى ، وأنها تنتقل إلى عدة الموت ، فهذا هو القسم الأول من قسمى النظر فى العدة .

(القسم الثانى) وأما النظر فى أحكام العدد ، فإنهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى ، وكذلك الحامل لقوله تعالى فى الرجعيات ـ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ـ الآية ، ولقوله تعالى ـ وإنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فأنْفِقُوا عَلَيهِنَّ حتى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ـ . واختلفوا فى سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال : أحدها أن لها السكنى والنفقة ، وهو قول الكوفيين . والقول الثانى أنه لاسكنى لها ولا نفقة ، وهو قول أحمد وداود وأبى ثور وإسحاق وجماعة . والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها ، وهو قول مالك والشافعى وجماعة . وسبب اختلافهم اختلاف الرواية فى حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له ، فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت « طلقنى زوجى ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة » خرّجه مسلم ، وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إنمَا السُّكْنَى والنَّفَقَةُ لِمَنْ لِزَوْجِها عَلَيْها الرَّجْعَةُ » وهذا القول مروى عن على وابن عباس وجابر ابن عبد الله . وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فإنهم احتجوا بما رواه مالك فى موطئه من حديث فاطمة المذكورة ، وفيه « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ لكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ » وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى ، فبقى على عمومه فى قوله تعالى ـ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ـ وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام بأن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم بأنه كان فى لسانها بذاء . وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى ـ أسكنوهنّ من حيث سكنتم من وُجدكم ـ وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان فى الرجعية وفى الحامل وفى نفس الزوجية . وبالجملة فحيثما وجبت السكنى فى الشرع وجبت النفقة . وروى عن عمر أنه قال فى حديث فاطمة هذا : لاندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة ، يريد قوله تعالى ـ أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجدكم ـ الآية . ولأن المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام أنه أوجب

النفقة حيث تجب السكنى ، فلذلك الأولى فى هذه المسئلة إما أن يقال إن لها الأمرين جميعا مصيرا إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، وإما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير ، ووجه عسره ضعف دليله . وينبغى أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون فى ثلاثة أشياء : فى طلاق ، أو موت ، أو اختيار الأمة نفسها إذا أعتقت . واختلفوا فيها فى الفسوخ ، والجمهور على وجوبها . ولما كان الكلام فى العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها ههنا فنقول : إن المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشرا لقوله تعالى ـ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ـ . واختلفوا فى عدة الحامل وفى عدة الأمة إذا لم تأتها حيضتها فى الأربعة الأشهر وعشر ماذا حكمها ؟ فذهب مالك إلى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة فى هذه المدة ، فإن لم تحض فهى عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل ؛ وقيل عنه إنها قد لاتحيض وقد لاتكون مسترابة ، وذلك إذا كانت عادتها فى الحيض أكثر من مدة العدة ، وهذا إما غير موجود ، أعنى من تكون عادتها أن تحيض أكثر من أربعة أشهر إلى أكثر من أربعة أشهر ، وإما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء إذا وجدت ، فقيل تنتظر حتى تحيض ؛ وروى عنه ابن القاسم تتزوج إذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل ، وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار أبى حنيفة والشافعى والثورى .

(وأما المسئلة الثانية) وهى الحامل التى يتوفى عنها زوجها ، فقال الجمهور وجميع فقهاء الأمصار : عدتها أن تضع حملها مصيرا إلى عموم قوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ـ وإن كانت الآية فى الطلاق وأخذا أيضا بحديث أم سلمة أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه « فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : قَدْ حَلَلْتِ فانْكِحِى مَنْ شِئْتِ » وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين ، يريد أنها تعتد بأبعد الأجلين ، إما الحمل ، وإما انقضاء العدة عدة الموت ، وروى مثل ذلك عن على بن أبى طالب رضى الله عنه ، والحجة لهم أن ذلك هو الذى يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . وأما الأمة المتوفى عنها من

تحل له ، فإنها لاتخلو أن تكون زوجة أوملك يمين أو أم ولد أوغير أم ولد . فأما الزوجة فقال الجمهور : إن عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة ؛ وقال أهل الظاهر : بل عدتها عدة الحرة ، وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيرا إلى التعميم . وأما أم الولد فقال مالك والشافعى وأحمد والليث وأبوثور وجماعة : عدتها حيضة ، وبه قال ابن عمر . وقال مالك : وإن كانت ممن لاتحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، ولها السكنى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى : عدتها ثلاث حيض ، وهوقول على وابن مسعود ؛ وقال قوم : عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها ؛ وقال قوم : عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشر ؛ وحجة مالك أنها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض ، فلم يبق إلا استبراء رحمها ، وذلك يكون بحيضة تشبيها بالأمة يموت عنها سيدها ، وذلك ما لاخلاف فيه ؛ وحجة أبى حنيفة أن العدة إنما وجبت عليها وهى حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ؛ ولا بأمة فتعتد عدة أمة ، فوجب أن تستبرئ رحمها بعدة الأحرار . وأما الذين أوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لاتلبسوا علينا سنة نبينا ، عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها أربعة أشهر وعشر ، وضعف أحمد هذا الحديث ولم يأخذ به . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة تشبيها بالزوجة الأمة . فسبب الخلاف أنها مسكوت عنها ، وهى مترددة الشبه بين الأمة والحرة . وأما من شبهها بالزوجة الأمة فضعيف ، وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة ، وهو مذهب أبى حنيفة .

الباب الثانى فى المتعة

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة فى كل مطلقة ؛ وقال قوم من أهل الظاهر : هى واجبة فى كل مطلقة ؛ وقال قوم : هى مندوب إليها وليست واجبة وبه قال مالك . والذين قالوا بوجوبها فى بعض المطلقات اختلفوا فى ذلك ؛ فقال أبوحنيفة : هى واجبة على من طلق قبل الدخول ، ولم يفرض لها صداقا مسمى ؛ وقال الشافعى . هى واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا التى سمى لها وطلقت قبل الدخول ، وعلى هذا جمهور العلماء . واحتج أبوحنيفة

بقوله تعالى - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ، فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا - فاشترط المتعة مع عدم المسيس ، وقال تعالى - وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ - فعلم أنه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس ، لأنه إذا لم يجب لها الصداق فأحرى أن لا تجب لها المتعة ، وهذا لعمرى مخيل ، لأنه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه ، وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعى فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة فى قوله تعالى - وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ - على العموم فى كل مطلقة إلا التى سمى لها وطلقت قبل الدخول . وأما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم ، والجمهور على أن المختلعة لامتعة لها لكونها معطية من يدها كالحال فى التى طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق ، وأهل الظاهر يقولون : هو شرع فتأخذ وتعطى . وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى فى آخر الآية - حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ - أى على المتفضلين المتجملين ، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب . واختلفوا فى المطلقة المعتدة هل عليها إحداد ؟ فقال مالك : ليس عليها إحداد .

باب فى بعث الحكمين

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما فى التشاجر : أعنى المحق من المبطل لقوله تعالى - وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا - الآية ، وأجمعوا على أن الحكمين لايكونان إلا من أهل الزوجين : أحدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المرأة ، إلا أن لايوجد فى أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما ؛ وأجمعوا على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما ؛ وأجمعوا على أن

قولهما فى الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا فى تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لايحتاج إلى ذلك ؟ فقال مالك وأصحابه : يجوز قولهما فى الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما فى ذلك ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابهما : ليس لهما أن يفرقا ، إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق . وحجة مالك ما رواه من ذلك عن على بن أبى طالب أنه قال فى الحكمين : إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع . وحجة الشافعى وأبى حنيفة أن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج . واختلف أصحاب مالك فى الحكمين يطلقان ثلاثا ، فقال ابن القاسم : تكون واحدة ، وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا إن طلقاها ثلاثا . والأصل أن الطلاق بيد الرجل إلا أن يقوم دليل على غير ذلك . وقد احتج الشافعى وأبو حنيفة بما روى فى حديث على هذا أنه قال للحكمين : هل تدريان ماعليكما ؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما ، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه لى وعلىّ ، فقال الرجل : أما الفرقة فلا ، فقال على : لاوالله لاتنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة ، قال : فاعتبر فى ذلك إذنه . ومالك يشبه الحكمين بالسلطان ، والسلطان يطلق بالضرر عند مالك إذا تبين .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الإيلاء

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى ـ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ـ والإيلاء : هو أن يحلف الرجل أن لايطأ زوجته إما مدة هى أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو بإطلاق على الاختلاف المذكور فى ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الأمصار فى الإيلاء فى مواضع : فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولى ، أم إنما تطلق بأن يوقف بعد الأربعة الأشهر ؟ فإما فاء وإما طلق ؛ . ومنها هل الإيلاء يكون بكل يمين ، أم بالأيمان المباحة فى الشرع فقط ؟ . ومنها إن أمسك عن الوطء

بغير يمين هل يكون موليا أم لا ؟ . ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك ؟ أو المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة أصلا ؟ . ومنها هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعى ؟ . ومنها إن أبى الطلاق والفىء هل يطلق القاضى عليه أم لا ؟ . ومنها هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حادث فى الزواج الثانى ؟ . ومنها هل من شرط رجعة المولى أن يطأها فى العدة أم لا ؟ . ومنها هل إيلاء العبد حكمه أن يكون مثل إيلاء الحر أم لا ؟ . ومنها هل إذا طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء تلزمها عدة أم لا ؟ . فهذه هى مسائل الخلاف المشهورة فى الإيلاء بين فقهاء الأمصار التى تتنزل من هذا الباب منزلة الأصول ، ونحن نذكر خلافهم فى مسئلة مسئلة منها ، وعيون أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا .

(المسئلة الأولى) أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفسها أم لاتطلق وإنما الحكم أن يوقف فإما فاء وإما طلق ؟ فإن مالكا والشافعى وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر ، فإما فاء وإما طلق ، وهو قول على وابن عمر ، وإن كان قد روى عنهما غير ذلك ، لكن الصحيح هو هذا ؛ وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وبالجملة الكوفيون إلى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر إلا أن يفىء فيها ، وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين . وسبب الخلاف هل قوله تعالى ـ فإنْ فاءُوا فإنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ـ أى فإن فاءوا قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها ؟ فمن فهم منه قبل انقضائها قال : يقع الطلاق ، ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى ـ وإنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فإنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ـ أن لايفىء حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال : معنى قوله ـ وإن عزموا الطلاق ـ أى باللفظ ـ فإن الله سميع عليم ـ . وللمالكية فى الآية أربعة أدلة : أحدها أنه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل فى الديون المؤجلة . الدليل الثانى أن الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعله . وعندهم ليس يقع من فعله إلا تجوّزا : أعنى ليس ينسب إليه على مذهب الحنفية إلا تجوزا ، وليس يصار إلى المجاز عن الظاهر إلا بدليل الدليل الثالث قوله تعالى ـ وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ـ قالوا : فهذا يقتضى وقوع الطلاق على

وجه يسمع ، وهو وقوعه باللفظ لابانقضاء المدة . الرابع أن الفاء فى قوله تعالى ـ فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ـ ظاهرة فى معنى التعقيب ، فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة ، وربما شبهوا هذه المدة بمدة العتق . وأما أبو حنيفة فإنه اعتمد فى ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية إذ كانت العدة إنما شرعت لئلا يقع منه ندم ، وبالجملة فشبهوا الإيلاء بالطلاق الرجعى ، وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى ، وقد روى ذلك عن ابن عباس .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فى اليمين التى يكون بها الإيلاء ، فإن مالكا قال : يقع الإيلاء بكل يمين ، وقال الشافعى : لايقع إلا بالأيمان المباحة فى الشرع وهى اليمين بالله أو بصفة من صفاته . فمالك اعتمد العموم : أعنى عموم قوله تعالى ـ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ـ والشافعى يشبه الإيلاء بيمين الكفارة ، وذلك أن كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى ، فوجب أن تكون اليمين التى ترتب عليها حكم الإيلاء هى اليمين التى يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة .

(المسئلة الثالثة) وأما لحوق حكم الإيلاء للزوج إذا ترك الوطء بغير يمين ، فإن الجمهور على أنه لايلزمه حكم الإيلاء بغير يمين ، ومالك يلزمه وذلك إذا قصد الإضرار بترك الوطء ، وإن لم يحلف على ذلك ؛ فالجمهور اعتمدوا الظاهر ، ومالك اعتمد المعنى ، لأن الحكم إنما لزمه باعتقاده ترك الوطء ، وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين ، لأن الضرر يوجد فى الحالتين جميعا .

(المسئلة الرابعة) وأما اختلافهم فى مدة الإيلاء ، فإن مالكا ومن قال بقوله يرى أن مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر إذ كان الفىء عندهم إنما هو بعد الأربعة الأشهر ؛ وأما أبو حنيفة فإن مدة الإيلاء عنده هى الأربعة الأشهر فقط إذ كان الفىء عنده إنما هو فيها ؛ وذهب الحسن وابن أبى ليلى إلى أنه إذا حلف وقتا ما وإن كان أقل من أربعة أشهر كان موليا يضرب له الأجل إلى انقضاء الأربعة الأشهر من وقت اليمين . وروى عن ابن عباس أن المولى هو من حلف أن لايصيب امرأته على التأبيد . والسبب فى اختلافهم فى المدة إطلاق الآية ، فاختلافهم فى وقت الفىء ، وفى صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة فى هذه المعانى أو مجملة ، وكذلك اختلافهم فى صفة المولى والمولى

منها ونوع الطلاق على ما سيأتى بعد . وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم هو سبب السكوت عنها ، وهذه هى أركان الإيلاء : أعنى معرفة نوع اليمين ووقت الفىء والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه .

(المسئلة الخامسة) فأما الطلاق الذى يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعى أنه رجعى ، لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعى إلى أن يدل الدليل على أنه بائن ؛ وقال أبو حنيفة وأبو ثور : هو بائن ، وذلك أنه إن كان رجعيا لم يزل الضرر عنها بذلك لأنه يجبرها على الرجعة . فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف فى الطلاق ، فمن غلب الأصل قال : رجعى ، ومن غلب المصلحة قال : بائن .

(المسئلة السادسة) وأما هل يطلق القاضى إذا أبى الفىء أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق ، فإن مالكا قال : يطلق القاضى عليه ؛ وقال أهل الظاهر : يحبس حتى يطلقها بنفسه . وسبب الخلاف معارضة الأصل المعروف فى الطلاق للمصلحة ؛ فمن راعى الأصل المعروف فى الطلاق قال : لايقع طلاق إلا من الزوج ؛ ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان وهو نظر إلى المصلحة العامة ، وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به ، وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

(المسئلة السابعة) وأما هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها ؟ فإن مالكا يقول : إذا راجعها فلم يطأها تكرر الإيلاء عليه ، وهذا عنده فى الطلاق الرجعى والبائن . وقال أبو حنيفة : الطلاق البائن يسقط الإيلاء وهو أحد قولى الشافعى ، وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجماعة العلماء على أن الإيلاء لايتكرر ؛ بعد الطلاق إلا بإعادة اليمين . والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الإيلاء ، وذلك أنه لا إيلاء فى الشرع إلا حيث يكون يمين فى ذلك النكاح بنفسه لا فى نكاح آخر ، ولكن إن راعينا هذا وجد الضرر المقصود إزالته بحكم الإيلاء ، ولذلك رأى مالك أنه يحكم بحكم الإيلاء بغير يمين إذا وجد معنى الإيلاء .

(المسئلة الثامنة) وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها ؟ فإن الجمهور على أن العدة تلزمها ؛ وقال جابر بن زيد : لاتلزمها عدة إذا

كانت قد حاضت فى مدة الأربعة الأشهر ثلاث حيض ، وقال بقوله طائفة ؛ وهو مروى عن ابن عباس . وحجته أن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم ، وهذه قد حصلت لها البراءة . وحجة الجمهور أنها مطلقة فوجب أن تعتد كسائر المطلقات . وسبب الخلاف أن العدة جمعت عبادة ومصلحة ؛ فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

(المسئلة التاسعة) وأما إيلاء العبد ، فإن مالكا قال : إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر ، قياسا على حدوده وطلاقه ؛ وقال الشافعى وأهل الظاهر : إيلاؤه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم ، والظاهر أن تعلق الأيمان بالحر والعبد سواء ، والإيلاء يمين ، وقياسا أيضا على مدة العنين ؛ وقال أبو حنيفة : النقص الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة ، فإن كانت المرأة حرة كان الإيلاء إيلاء الحر وإن كان الزوج عبدا ، وإن كانت أمة فعلى النصف ؛ وقياس الإيلاء على الحد غير جيد ، وذلك أن العبد إنما كان حده أقل من حد الحرّ ، لأن الفاحشة منه أقل قبحا ، ومن الحر أعظم قبحا ، ومدة الإيلاء إنما ضربت جمعا بين التوسعة على الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة ، فإذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة ، والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه ، فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الإيلاء إلا إذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط ، وهذا لم يقل به أحد ، فالواجب التسوية . والذين قالوا بتأثير الرق فى مدة الإيلاء اختلفوا فى زوال الرق بعد الإيلاء ، هل ينتقل إلى إيلاء الأحرار أم لا ؟ فقال مالك : لا ينتقل من إيلاء العبيد إلى إيلاء الأحرار ؛ وقال أبو حنيفة : ينتقل ؛ فعنده أن الأمة إذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت إلى إيلاء الأحرار ؛ وقال ابن القاسم : الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا إيلاء عليها ، فإن وقع وتمادى حسبت الأربعة الأشهر من يوم بلغت ، وإنما قال ذلك لأنه لا ضرر عليها فى ترك الجماع ؛ وقال أيضا : لا إيلاء على خصىّ ولا على من لا يقدر على الجماع .

(المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى أن يطأ فى العدة أم لا ؟ فإن الجمهور ذهبوا إلى أن ذلك ليس من شرطها ؛ وأما مالك فإنه قال : إذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى

على عدتها ، ولاسبيل له إليها إذا انقضت العدة . وحجة الجمهور أنه لايخلو أن يكون الإيلاء يعود برجعته إياها فى العدة أو لايعود ، فإن عاد لم يعتبر واستؤنف الإيلاء من وقت الرجعة ؛ أعنى تحسب مدة الإيلاء من وقت الرجعة ، وإن لم يعد إيلاء لم يعتبر أصلا إلا على مذهب من يرى أن الإيلا يكون بغير يمين ، وكيفما كان فلا بد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعه ؛ وأما مالك فإنه قال : كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر ، فإن صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر ، وأصله المعسر بالنفقة إذا طلق عليه ثم ارتجع ، فإن رجعته تعتبر صحتها بيساره . فسبب الخلاف قياس الشبه ، وذلك أن من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الإيلاء ، ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال : يبقى على الأصل .

كتاب الظهار

والأصل فى الظهار الكتاب والسنة . فأما الكتاب فقوله تعالى ـ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ـ الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت « ظاهر منى زوجى أويس ابن الصامت ، فجئت رسولَ الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ، ورسول الله يجادلنى فيه ويقول : اتَّقِى اللهَ فإنَّهُ ابْنُ عَمِّكِ ، فما خرجتُ حتى أنزل الله ـ قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتِى تُجَادِلُكَ فِى زَوْجِهَا وَتَشْتَكِى إِلَى اللهِ وَاللهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا ـ الآيات ، فقال : لِيَعْتِقْ رَقَبَةً ، قالت : لايجد ، قال : فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، قالتْ : يارسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام ، قال : فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً ، قالت : ما عنده من شىء يتصدق به ، قال : فإنِّى سَأُعِينُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ ، قالت : وأنا أعينه بعرق آخر ، قال : لَقَدْ أَحْسَنْتِ اذْهَبِى فَأَطْعِمِى عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِيناً » خرجه أبو داود . وحديث سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم .

والكلام فى أصول الظهار ينحصر فى سبعة فصول : منها فى ألفاظ الظهار .

ومنها فى شروط وجوب الكفارة فيه ؟ ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ؟ . ومنها هل يدخل الإيلاء عليه ؟ . ومنها القول فى أحكام كفارة الظهار .

الفصل الأول فى ألفاظ الظهار

واتفق الفقهاء على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت علىّ كظهر أمى أنه ظهار ، واختلفوا إذا ذكر عضوا غير الظهر ، أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الأم ، فقال مالك : هو ظهار ؛ وقال جماعة من العلماء : لايكون ظهارا إلا بلفظ الظهر والأم . وقال أبوحنيفة : يكون بكل عضو يحرم النظر إليه . وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر ، وذلك أن معنى التحريم تستوى فيه الأم وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الأعضاء . وأما الظاهر من الشرع ، فإنه يقتضى أن لايسمى ظهارا إلا ما ذكر فيه لفظ الظهر والأم . وأما إذا قال : هى علىّ كأمى ولم يذكر الظهر ، فقال أبو حنيفة والشافعى : ينوى فى ذلك لأنه قد يريد بذلك الإجلال لها وعظم منزلتها عنده ؛ وقال مالك : هو ظهار . وأما من شبه زوجته بأجنبية لاتحرم عليه على التأبيد ، فإنه ظهار عند مالك ، وعند ابن الماجشون ليس بظهار ، وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم ؟.

الفصل الثانى فى شروط وجوب الكفارة فيه

وأما شروط وجوب الكفارة ، فإن الجمهور على أنها لاتجب دون العود ، وشذ مجاهد وطاوس فقالا : لاتجب دون العود ، ودليل الجمهور قوله تعالى ـ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ـ وهو نص فى معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود ، وأيضا فن طريق القياس ، فإن الظهار يشبه الكفارة فى اليمين ، فكما أن الكفارة إنما تلزم بالمخالفة أو بإرادة المخالفة ، كذلك الأمر فى الظهار . وحجة مجاهد وطاوس أنه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب أن يوجبها بنفسه لابمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر ؛ وأيضا

قالوا : إنه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة ، وهو معنى قوله تعالى - ثم يعودون لما قالوا - والعود عندهم هو العود فى الإسلام . فأما القائلون باشتراط العود فى إيجاب الكفارة ، فإنهم اختلفوا فيه ما هو ؟ فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات : إحداهن أن العود هو أن يعزم على إمساكها والوطء معا . والثانية أن يعزم على وطئها فقط ، وهى الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد . والرواية الثالثة أن العود هو نفس الوطء ، وهى أضعف الروايات عند أصحابه . وقال الشافعى : العود هو الإمساك نفسه ، قال : ومن مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة ، لأن إقامته زمانا يمكن أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام إرادة الإمساك منه ، أو هو دليل ذلك . وقال داود وأهل الظاهر : العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية ، ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه ، فدليل الرواية المشهورة لمالك ينبنى على أصلين : أحدهما أن المفهوم من الظهار هو أن الوجوب الكفارة فيه إنما يكون بإرادته العود إلى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هى إما الوطء نفسه ، وإما العزم عليه وإرادته . والأصل الثانى ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو وطء لقوله تعالى فى الآية - فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا - ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر . قالوا : ولو كان العود نفسه هو الإمساك لكان الظهار نفسه يحرم الإمساك فكان الظهار يكون طلاقا . وبالجملة فالمعوّل عليه عندهم فى هذه المسئلة هو الطريق الذى يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم ، وذلك أن معنى العود لا يخلو أن يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الإمساك نفسه أو إرادة الوطء ، ولا يكون تكرار اللفظ ، لأن ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون إرادة الإمساك للوطء ، فإن الإمساك موجود بعد ، فقد بقى أن يكون إرادة الوطء ، وإن كان إرادة الإمساك للوطء فقد أراد الوطء ، فثبت أن العود هو الوطء . ومعتمد الشافعية فى إجرائهم إرادة الإمساك ، أو الإمساك مجرى إرادة الوطء أن الإمساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشىء مشبها بالشىء ، وجعلوا حكمهما واحدا ، وهو قريب من الرواية الثالثة ، ومما استدلت الشافعية على أن إرادة الإمساك هو السبب فى وجوب

الكفارة أن الكفارة ترتفع بارتفاع الإمساك ، وذلك إذا طلق أثر الظهار . ولهذا احتاط مالك فى الرواية الثانية ، فجعل العود هو إرادة الأمرين جميعا : أعنى الوطء والإمساك ؛ وإما أن يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص ، والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين : أى كما أن كفارة اليمين إنما تجب بالحنث كذلك الأمر ههنا ، وهو قياس شبه عارضه النص . وأما داود فإنه تعلق بظاهر اللفظ فى قوله تعالى ـ ثم يعودون لما قالوا ـ وذلك يقتضى الرجوع إلى القول نفسه . وعند أبى حنيفة أنه العود فى الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم فى الجاهلية : وعند مالك والشافعى أن المعنى فى الآية : ثم يعودون فيما قالوا . وسبب الخلاف بالجملة إنما هو مخالفة الظاهر للمفهوم ؛ فمن اعتمد المفهوم جعل العودة إرادة الوطء أو الإمساك ، وتأول معنى اللام فى قوله تعالى ـ ثم يعودون لما قالوا ـ بمعنى الفاء ؛ وأما من اعتمد الظاهر فإنه جعل العودة تكرير اللفظ ، وأن العودة الثانية إنما هى ثانية للأولى التى كانت منهم فى الجاهلية . ومن تأول أحد هذين ، فالأشبه له أن يعتقد أن بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقدذلك مجاهد ، إلا أن يقدّر فى الآية محذوفا وهو إرادة الإمساك ، فهنا إذًا ثلاثة مذاهب : إما أن تكون العودة هى تكرار اللفظ ، وإما أن تكون إرادة الإمساك ، وإماأن تكون العودة التى هى فى الإسلام ، وهذان ينقسمان قسمين : أعنى الأول والثالث . أحدهما أن يقدر فى الآية محذوفا ، وهو إرادة الإمساك فيشترط هذه الإرادة فى وجوب الكفارة ، وإما ألا يقدر فيها محذوفا فتجب الكفارة بنفس الظهار . واختلفوا من هذا الباب فى فروع وهو : هل إذا طلق قبل إرادة الإمساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا؟ فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه إلا أن يطلق بعد إرادة العودة أو بعد الإمساك بزمان طويل على ما يراه الشافعى . وحكى عن عثمان البتى أن عليه الكفارة بعد الطلاق ، وأنها إذا ماتت قبل إرادة العودة لم يكن له سبيل إلى ميراثها إلا بعد الكفارة ، وهذا شذوذ مخالف للنص ، والله أعلم .

الفصل الثالث فيمن يصح فيه الظهار

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التى فى العصمة ، واختلفوا فى الظهار من الأمة ومن التى فى غير العصمة ، وكذلك اختلفوا فى ظهار المرأة من الرجل .

فأما الظهار من الأمة فقال مالك والثورى وجماعة : الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة ، وكذلك المدبَّرة وأم الولد ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور : لاظهار من أمة ؛ وقال الأوزاعى : إن كان يطأ أمته فهو منها مظاهر ، وإن لم يطأها فهى يمين وفيها كفارة يمين ؛ وقال عطاء : هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة . فدليل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى ـ والذين يظاهرون من نسائهم ـ والإماء من النساء . وحجة من لم يجعله ظهارا أنهم قد أجمعوا أن النساء فى قوله تعالى ـ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ـ هن ذوات الأزواج ، فكذلك اسم النساء فى آية الظهار ، فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم : أعنى تشبيه الظهار بالإيلاء وعموم لفظ النساء ، أعنى أن عموم اللفظ يقتضى دخول الإماء فى الظهار وتشبيهه بالإيلاء يقتضى خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها فى العصمة أم لا ؟ فمذهب مالك أن ذلك ليس من شرطه ، وأن من عين امرأة مَّا بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرًا منها ، وكذلك إن لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهى منى كظهر أمى ، وذلك بخلاف الطلاق وبقول مالك فى الظهار قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى ؛ وقال قائلون : لايلزم الظهار إلا فيما يملك الرجل ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو ثور وداود ؛ وفرق قوم فقالوا : إن أطلق لم يلزمه ظهار وهو أن يقول : كل امرأة أتزوجها فهى منى كظهر أمى ، فإن قيد لزمه وهو أن يقول : إن تزوجت فلانة أو سمى قرية أو قبيلة ، وقائل هذا القول هو ابن أبى ليلى والحسن بن حى . ودليل الفريق الأول قوله تعالى ـ أوفُوا بالعُقُودِ ـ ولأنه عقد على شرط الملك فأشبه إذا ملك ، والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعى فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لاطَلاقَ إلاَّ فِيما يَمْلِكُ ولا عِتْقَ إلاَّ فِيما يَمْلِكُ ، ولا بَيْعَ إلا فِيما يَمْلِكُ ، ولا وَفاءَ بِنَذْرٍ إلاَّ فِيما يَمْلِكُ » خرجه أبو داود والترمذى والظهار شبيه بالطلاق ، وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين ، فإنهم رأوا أن التعميم فى الظهار من باب الحرج ، وقد قال الله

تعالى ـ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ـ . واختلفوا أيضا من هذا الباب فى هل تظاهر المرأة من الرجل ؟ فعن العلماء فى ثلاثة أقوال : أشهرها أنه لايكون منها ظهار ، وهو قول مالك والشافعى . والثانى أن عليها كفارة يمين . والثالث أن عليها كفارة الظهار . ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ، ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيهها للظهار باليمين ؛ ومن فرق فلأنه رأى أن أقل اللازم لها فى ذلك المعنى هو كفارة يمين وهو ضعيف . وسبب الخلاف تعارض الأشباه فى هذا المعنى .

الفصل الرابع فيما يحرم على المظاهر

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء، واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء فى غير الفرج ونظر اللذة ، فذهب مالك إلى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها ، وبه قال أبوحنيفة إلا أنه إنما كره النظر للفرج فقط ؛ وقال الشافعى : إنما يحرم الظهار الوطء فى الفرج فقط المجمع عليه لاما عدا ذلك ، وبه قال الثورى وأحمد وجماعة . ودليل مالك قوله تعالى ـ من قبل أن يتماسا ـ وظاهر لفظ التماس يقتضى المباشرة فما فوقها ، ولأنه أيضا لفظ حرمت به عليه فأشبه لفظ الطلاق ، ودليل قول الشافعى أن المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل إجماعهم على أن الوطء محرم عليه ، وإذا دلت على الجماع لم تدل على مافوق الجماع ، لأنها إما أن تدل على ما فوق الجماع ، وإما أن تدل على الجماع ، وهى الدلالة المجازية ، لكن قد اتفقوا على أنها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية ، إذ لايدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا . قلت : الذين يرون أن اللفظ المشترك له عموم لايبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا : أعنى الحقيقة والمجاز ، وإن كان لم تجر به عادة للعرب ، ولذلك القول به فى غاية من الضعف ، ولو علم أن للشرع فيه تصرفا لجاز ، وأيضا فإن الظهار مشبه عندهم بالإيلاء ، فوجب أن يختص عندهم بالفرج .

الفصل الخامس هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح

وأما تكرر الظهار بعد الطلاق : أعنى إذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليها الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف. قال مالك : إن طلقها دون الثلاث ثم راجعها فى العدة أو بعدها فعليه الكفارة ، وقال الشافعى : إن راجعها فى العدة فعليه الكفارة ، وإن راجعها فى غير العدة فلا كفارة عليه ؛ وعنه قول آخر مثل قول مالك . وقال محمد بن الحسن : الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة ، وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا ؟ . وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها ، أو لايهدمها ؟ فنهم من رأى أن البائن الذى هو الثلاث يهدم ، وأن ما دون الثلاث لايهدم ؛ ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم ، وأحسب أن من الظاهرية من يرى أنه كله هادم .

الفصل السادس فى دخول الإيلاء عليه

وأما هل يدخل الإيلاء على الظهار إذا كان مضارا ، وذلك بأن لايكفر مع قدرته على الكفارة ؟ فإن فيه أيضا اختلافا ، فأبو حنيفة والشافعى يقولان: لايتداخل الحكمان لأن حكم الظهار خلاف حكم الإيلاء ، وسواء كان عندهم مضارا أو لم يكن، وبه قال الأوزاعى وأحمد وجماعة . وقال مالك : يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارا. وقال الثورى : يدخل الإيلاء على الظهار ، وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر من غير اعتبار المضارة ، ففيه ثلاثة أقوال : قول إنه يدخل بإطلاق ، وقول إنه لايدخل بإطلاق ، وقول إنه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها . وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر ؛ فمن اعتبر الظاهر قال : لايتداخلان ؛ ومن اعتبر المعنى قال : يتداخلان إذا كان القصد الضرر .

الفصل السابع فى أحكام كفارة الظهار

والنظر فى كفارة الظهار فى أشياء منها فى عدد أنواع الكفارة وترتيبها ، وشروط نوع منها : أعنى الشروط المصححة ، ومتى تجب كفارة واحدة ؟ ومتى تجب أكثر من واحدة . فأما أنواعها فإنهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع : إعتاق رقبة : أوصيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينا ، وأنها على الترتيب . فالإعتاق أولا ، فإن لم يكن فالصيام ، فإن لم يكن فالإطعام ، هذا فى الحر . واختلفوا فى العبد يكفر بالعتق أو بالإطعام بعد اتفاقهم أن الذى يبدأ به الصيام أعنى إذا عجز عن الصيام ، فأجاز للعبد العتق إن أذن له سيده أبو ثور وداود وأبى ذلك سائر العلماء . .وأما الإطعام فأجازه له مالك إن أطعم بإذن سيده ، ولم يجز ذلك أبوحنيفة والشافعى ، ومبنى الخلاف فى هذه المسئلة هل يملك العبد أو لايملك ؟ . وأما اختلافهم فى الشروط المصححة : فمنها اختلافهم إذا وطئ فى صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا ؟ فقال مالك وأبوحنيفة : يستأنف الصيام ، إلا أن أبا حنيفة شرط فى ذلك العمد، ولم يفرق مالك بين العمد فى ذلك والنسيان ؛ وقال الشافعى : لايستأنف على حال ؛ وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذى ورد فى كفارة الظهار : أعنى أن تكون قبل المسيس ؛ فمن اعتبر هذا الشرط قال : يستأنف الصوم ؛ ومن شبهه بكفارة اليمين قال : لايستأنف ، لأن الكفارة فى اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق . ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا ؟ فذهب مالك والشافعى إلى أن ذلك شرط فى الإجزاء ؛ وقال أبوحنيفة : يجزى فى ذلك رقبة الكافر ، ولا يجزى عندهم إعتاق الوثنية والمرتدة . دليل الفريق الأول أنه إعتاق على وجه القربة فوجب أن تكون مسلمة أصله الإعتاق فى كفارة القتل ؛ وربما قالوا إن هذا ليس من باب القياس ، وإنما هو من باب حمل المطلق على المقيد ، وذلك أنه قيد الرقبة بالإيمان فى كفارة القتل وأطلقها فى كفارة الظهار فيجب صرف المطلق إلى المقيد ، وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف ، والحنفية لايجيزونه ، وذلك أن الأسباب فى القضيتين مختلفة . وأما حجة أبى حنيفة فهو ظاهر العموم ، ولا معارضة عنده بين

المطلق والمقيد ، فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه . ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ؟ ثم إن كانت سليمة فمن أى العيوب تشترط سلامتها ؟ فالذى عليه الجمهور أن للعيوب تأثيراً فى منع إجزاء العتق ؛ وذهب قوم إلى أنه ليس لها تأثير فى ذلك . وحجة الجمهور تشبيهها بالأضاحى والهدايا لكون القربة تجمعها . وحجة الفريق الثانى إطلاق اللفظ فى الآية. فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه . والذين قالوا إن للعيوب تأثيراً فى منع الإجزاء اختلفوا فى عيب عيب مما يعتبر فى الإجزاء أوعدمه . أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم فى أنه مانع للإجزاء ، واختلفوا فيما دون ذلك ؛ فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة ؟ أجازه أبوحنيفة ، ومنعه مالك والشافعى . وأما الأعورفقال مالك : لايجزى ، وقال عبدالملك : يجزى . وأما قطع الأذنين فقال مالك : لايجزى ، وقال أصحاب الشافعى: يجزى . وأما الأصم فاختلف فيه فى مذهب مالك ، فقيل يجزى ، وقيل لايجزى . وأما الأخرس فلا يجزى عند مالك، وعن الشافعى فى ذلك قولان . أما المجنون فلا يجزى . أما الخصى فقال ابن القاسم : لايعجبنى الخصى ، وقال غيره : لايجزى ، وقال الشافعى : يجزى . وإعتاق الصغير جائز فى قول عامة فقهاء الأمصار ، وحكى عن بعض المتقدمين منعه . والعرج الخفيف فى المذهب يجزى ، أما البين العرج فلا . والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قدر النقص المؤثر فى القربة ، وليس له أصل فى الشرع إلا الضحايا . وكذلك لايجزى فى المذهب ما فيه شركة أوطرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى ـ فتحرير رقبة ـ .والتحرير هو ابتداء الإعتاق ، وإذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزا لا إعتاقا ، وكذلك الشركة لأنه بعض الرقبة ليس برقبة . وقال أبوحنيفة : إن كان المكاتب أدى شيئا من مال الكتابة لم يجز ، وإن كان لم يؤد جاز. واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره ؟ فقال مالك : لايجزيه تشبيها بالكتابة لأنه عقد ليس له حله ؛ وقال الشافعى: يجزيه ؛ ولا يجزى عند مالك إعتاق أم ولده ولا المعتق إلى أجل مسمى. أما عتق أم الولد فلأن عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير ، بدليل أنهما قد يطرأ عليهما الفسخ . أما فى الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم . وأما فى التدبير فإذا ضاق عنه الثلث . وأما العتق

إلى أجل فإنه عقد عتق لاسبيل إلى حله . واختلف مالك والشافعى مع أبى حنيفة فى إجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب ، فقال مالك والشافعى : لايجزى عنه وقال أبو حنيفة : إذا نوى به عتقه عن ظهار أجزأ . فأبو حنيفة شبهه بالرقبة التى لايجب عتقها ، وذلك أن كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق ، فإذا نوى بذلك التكفير جاز ؛ والمالكية والشافعية رأت أنه إذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد إلى إعتاقه فلا يجزيه ، فأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق ، وهؤلاء قالوا : لابد أن يكون قاصدا للعتق نفسه ، فكلاهما يسمى معتقا باختياره ، ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول ، والآخر معتق بلازم الاختيار ، فكأنه معتق على القصد الثانى ومشتر على القصد الأول ، والآخر بالعكس . واختلف مالك والشافعى فيمن أعتق نصفى عبدين ، فقال مالك : لايجوز ذلك ، وقال الشافعى : يجوز لأنه فى معنى الواحد ، ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ ، فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة . وأما شروط الإطعام فإنهم اختلفوا من ذلك فى القدر الذى يجزى لمسكين مسكين من الستين مسكينا الذين وقع عليهم النص ، فعن مالك فى ذلك روايتان أشهرهما أن ذلك مدّ بمد هشام لكل واحد ، وذلك مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد قيل هو أقل ، وقد قيل هو مد وثلث . وأما الرواية الثانية فمد مد لكل مسكين بمد النبى صلى الله عليه وسلم ، وبه قال الشافعى . فوجه الرواية الأولى اعتبار الشبع غالبا : أعنى الغداء والعشاء ، ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين . فهذا هو اختلافهم فى شروط الصحة فى الواجبات فى هذه الكفارة . وأما اختلافهم فى مواضع تعددها ومواضع اتحادها ، فمنها إذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزى فى ذلك كفارة واحدة ، أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة ؟ فعند مالك أنه يجزى فى ذلك كفارة واحدة ، وعند الشافعى وأبى حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن إن اثنتين فاثنتين ، وإن ثلاثا فثلاثا ، وإن أكثر فأكثر ؛ فمن شبهه بالطلاق أوجب فى كل واحدة كفارة ؛ ومن شبهه بالإيلاء أوجب فيه كفارة واحدة ، وهو بالإيلاء أشبه . ومنها إذا ظاهر من امرأته فى مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة ، أو على عدد المواضع التى ظاهر

فيها ؟ فقال مالك : ليس عليه إلا كفارة واحدة ، إلا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية ، وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : لكل ظهار كفارة . وأما إذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك أن في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة أن ذلك راجع إلى نيته ، فإن قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة ، وإن أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار . وقال يحيي بن سعيد : تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى . والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد ، والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين ، فإن كرر اللفظ من امرأة واحدة ، فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار ، أم لا يوجب ذلك فيه تعددا ؟ وكذلك إن كان اللفظ واحدا والمظاهر منها أكثر من واحدة ؟ وذلك أن هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين ؛ فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ؛ ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه . ومنها إذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا ؟ فأكثر فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة ، والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي « أنه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا » وقال قوم : عليه كفارتان : كفارة العزم على الوطء ، وكفارة الوطء ، لأنه وطئ وطأ محرما ، وهو مروى عن عمرو ابن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب ؛ وقد قيل : إنه لا يلزمه شيء لا عن العود ولا عن الوطء ، لأن الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس ، فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب إلا بأمر مجدد ، وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه شذوذ . وقال أبو محمد بن حزم : من كان فرضه الإطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الإطعام ، وإنما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام .

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه : الفصل الأول : فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها . الفصل الثانى : فى صفات المتلاعنين . الثالث : فى صفة اللعان . الرابع : فى حكم نكول أحدهما أو رجوعه . الخامس : فى الأحكام اللازمة لتمام اللعان . فأما الأصل فى وجوب اللعان ، أما من الكتاب فقوله تعالى - وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ - الآية . وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجى الصحيح من حديث عويمر العجلانى « إذ جاء إلى عاصم بن عدى العجلانى رجل من قومه فقال له : يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلوه ؟ أم كيف يفعل ؟ سل ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال : يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال لم تأتنى بخير ، قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التى سألت عنها ، فقال : والله لاأنتهى حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال : يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلوه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد نَزَلَ فِيكَ وفى صَاحِبَتِكَ قُرْآنٌ فاذْهَبْ فَأْتِ بِهَا ، قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم » قال مالك : قال ابن شهاب : فلم تزل تلك سنة المتلاعنين . وأيضا من جهة المعنى لما كان الفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده وتلك الطريق هى اللعان ، فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع ، إذ لاخلاف فى ذلك أعلمه ، فهذا هو القول فى إثبات حكمه .

الفصل الأول فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها

وأما صور الدعاوى التى يجب بها اللعان فهى أولا صورتان : إحداهما دعوى الزنى ، والثانية نفى الحمل . ودعوى الزنى لايخلو أن تكون مشاهدة : أعنى أن يدعى أنه شاهدها تزنى كما يشهد الشاهد على الزنى ، أو تكون دعوى مطلقة. وإذا نفى الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضا نفيا مطلقا ، أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها ، فهذه أربعة أحوال بسائط ، وسائر الدعاوى تتركب عن هذه ، مثل أن يرميها بالزنى وينفى الحمل ، أو يثبت الحمل ويرميها بالزنى. فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا إذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه ، قالت المالكية : إذا زعم أنه لم يطأها بعد ؛ وأما وجوب اللعان بمجرد القذف ، فالجمهور على جوازه الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وداود وغيرهم . وأما المشهور عن مالك ، فإنه لايجوز اللعان عنده بمجرد القذف ، وقد قال ابن القاسم أيضا إنه يجوز ، وهى أيضا رواية عن مالك . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى ـ والذين يرمون أزواجهم ـ الآية . ولم يخص فى الزنى صفة دون صفة ، كما قال فى إيجاب حد القذف . وحجة مالك ظواهر الأحاديث الواردة فى ذلك ، منها قوله فى حديث سعد « أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا » وحديث ابن عباس ، وفيه « فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : والله يارسول الله لقد رأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه ، فنزلت ـ والذين يرمون أزواجهم ـ الآية » وأيضا فإن الدعوى يجب أن تكون ببينة كالشهادة . وفى هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك ، وهو إذا ظهر بها حمل بعد اللعان ، فعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما سقوط الحمل عنه ، والأخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب أن من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنى أن تكون فى العصمة . واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنى ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا ؟ فقال مالك والشافعى والأوزاعى وجماعة : بينهما لعان ؛ وقال أبو حنيفة : لالعان بينهما إلا أن ينفى ولدا ولا حد ؛ وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن . وأما إن نفى الحمل فإنه كما قلنا على وجهين : أحدهما أن يدعى أنه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء ، وهذا ما لاخلاف فيه ؛

واختلف قول مالك فى الاستبراء ، فقال مرة : ثلاث حيض ، وقال مرة : حيضة . وأما نفيه مطلقا ، فالمشهور عن مالك أنه لايجب بذلك لعان ، وخالفه فى هذا الشافعى وأحمد وداود ، وقالوا : لامعنى لهذا لأن المرأة قد تحمل مع رؤية الدم ؛ وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعى أنه لايجوز نفى الحمل مطلقا من غير قذف . واختلفوا من هذا الباب فى فرع ، وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور : ينفيه وهى حامل ، وشرط مالك أنه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان ؛ وقال الشافعى : إذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة ؛ وقال أبو حنيفة : لاينفى الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وأنس وسهل بن سعد « أن النبى عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال : إنْ جاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كَذَا فَمَا أَرَاهُ إِلَّا قَدْ صَدَقَ عَلَيْهَا » قالوا : وهذا يدل على أنها كانت حاملا فى وقت اللعان . وحجة أبى حنيفة أن الحمل قد ينفش ويضمحل ، فلا وجه للعان إلا على يقين . ومن حجة الجمهور أن الشرع قد علق بظهور الحمل أحكاما كثيرة : كالنفقة والعدة ومنع الوطء ، فوجب أن يكون قياس اللعان كذلك ، وعند أبى حنيفة أنه يلاعن وإن لم ينف الحمل إلا وقت الولادة ، وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت فى ذلك وقتا ، ووقتا صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا : له أن ينفيه ما بين أربعين ليلة من وقت الولادة ؛ والذين أوجبوا اللعان فى وقت الحمل اتفقوا على أن له نفيه فى وقت العصمة ، واختلفوا فى نفيه بعد الطلاق ، فذهب مالك إلى أن له ذلك فى جميع المدة التى يلحق الولد فيها بالفراش ، وذلك هو أقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من أربع سنين عنده أو خمس سنين ، وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق إذا لم يزل منكرا له ؛ وبقريب من هذا المعنى قال الشافعى وقال قوم : ليس له أن ينفى الحمل إلا فى العدة فقط ، وإن نفاه فى غير العدة حد وألحق به الولد ، فالحكم يجب به عند الجمهور إلى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم فى ذلك ، فإن الظاهرية ترى أن أقصر مدة الحمل التى يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك ، وهى التسعة أشهر وما قاربها ، ولا اختلاف بينهم

أنه يجب الحكم به فى مدة العصمة ، فما زاد على أقصر مدة الحمل وهى الستة شهر : أعنى أن يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو إمكانه ، لامن وقت العقد ، وشذ أبو حنيفة : فقال من وقت العقد ، وإن علم أن الدخول غير ممكن حتى أنه إن تزوج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأة بالمشرق الأقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد أنه يلحق به إلا أن ينفيه بلعان ، وهو فى هذه المسئلة ظاهرىّ محض ، لأنه إنما اعتمد فى ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الوَلَدُ للفِرَاشِ » وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد ، فكأنه رأى أن هذه عبادة غير معللة ، وهذا شىء ضعيف . واختلف قول مالك من هذا الباب فى فرع ، وهو أنه إذا ادعى أنها زنت واعترف بالحمل فعنه فى ذلك ثلاث روايات : إحداها أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن . والثانية أنه يلاعن وينفى الولد . والثالثة أنه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه . وسبب الخلاف هل يلتفت إلى إثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنى ؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب فى فرع ، وهو إذا أقام الشهود على الزنى هل له أن يلاعن أم لا ؟ فقال أبو حنيفة وداود : لايلاعن ، لأن اللعان إنما جعل عوض الشهود لقوله تعالى ـ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ـ الآية . وقال مالك والشافعى : يلاعن ، لأن الشهود لاتأثير لهم فى دفع الفراش .

الفصل الثانى فى صفات المتلاعنين

وأما صفة المتلاعنين ، فإن قوما قالوا : يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين ، أو أحدهما حر والآخر عبد ، محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما ، مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ، ولا لعان بين كافرين إلا أن يترافعا إلينا ، وممن قال بهذا القول مالك والشافعى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا لعان إلا بين مسلمين حرين عدلين . وبالجملة فاللعان عندهم إنما يجوز لمن كان من أهل الشهادة . وحجة أصحاب القول الأول عموم قوله تعالى ـ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ـ ولم يشترط فى ذلك شرطا . ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة ، فيشترط فيها ما يشترط

في الشهادة ، إذ قد سماهم الله شهداء لقوله ـ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ ـ ويقولون إنه لايكون لعان إلا بين من يجب عليه الحد فى القذف الواقع بينهما . وقد اتفقوا على أن العبد لايحد بقذفه ، وكذلك الكافر ، فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب فى قذفه الحد ، إذ كان اللعان إنما وضع لدرء الحد مع نفى النسب ، وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لالِعَانَ بَيْنَ أَرْبَعَةٍ : العَبْدَيْنِ ، والكافِرَيْنِ » والجمهور يرون أنه يمين وإن كان يسمى شهادة ، فإن أحدا لايشهد لنفسه ، وأما أن الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بيِّن فى قوله تعالى ـ إذَا جاءَكَ المُنافِقُونَ قالُوا ـ الآية ، ثم قال ـ اتَّخَذُوا أَيمانَهُمْ جُنَّةً ـ وأجمعوا على جواز لعان الأعمى ، واختلفوا فى الأخرس ، فقال مالك والشافعى يلاعن الأخرس إذا فهم عنه ، وقال أبو حنيفة : لايلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة ، وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

الفصل الثالث فى صفة اللعان

فأما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء ، وليس بينهم فى ذلك كبير خلاف ، وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية ، فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزنى وأن ذلك الحمل ليس منى ، ويقول فى الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تشهد هى أربع شهادات بنقيض ماشهد هو به ثم تخمس بالغضب ، هذا كله متفق عليه . واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ، ومكان الغضب اللعنة ، ومكان أشهد أقسم ، ومكان قوله بالله غيره من أسمائه ؟ والجمهور على أنه لايجوز من ذلك إلا ما نص عليه من هذه الألفاظ أصله عدد الشهادات ، وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

الفصل الرابع فى حكم نكول أحدهما أو رجوعه

فأما إذا نكل الزوج فقال الجمهور : إنه يحد ، وقال أبو حنيفة : إنه لايحد ويحبس . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ الآية ،

وهذا عام فى الأجنبى والزوج ، وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود ، فوجب إذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود : أعنى أنه يحد ، وما جاء أيضا من حديث ابن عمر وغيره فى قصة العجلانى من قوله عليه الصلاة والسلام « إنْ قَتَلْتُ قُتِلْتُ ، وإنْ نَطَقْتُ جُلِدْتُ ، وإنْ سَكَتُّ سَكَتُّ عَلَى غَيْظٍ » . واحتج الفريق الثانى بأن آية اللعان لم تتضمن إيجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لإيجابه زيادة فى النص ، والزيادة عندهم نسخ ، والنسخ لايجوز بالقياس ولا بأخبار الآحاد ، قالوا : وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير فى إسقاطه ، لأن الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الأجنبى ، فكذلك الزوج ، والحق أن الالتعان يمين مخصوصة ، فوجب أن يكون لها حكم مخصوص ، وقد نص على المرأة أن اليمينَ يدرأ عنها العذاب ، فالكلام فيما هو العذاب الذى يندرئ عنها باليمين ، وللاشتراك الذى فى اسم العذاب اختلفوا أيضا فى الواجب عليها إذا نكلت ، فقال الشافعى ومالك وأحمد والجمهور : إنها تحد وحدّها الرجم إن كان دخل بها ووجدت فيها شروط الإحصان، وإن لم يكن دخل بها فالجلد . وقال أبو حنيفة إذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن ، وحجته قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَحِلُّ دَمُ امرِئٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بإحْدَى ثَلاثٍ : زِنًى بَعْدَ إحْصَانٍ ، أوْ كُفْرٌ بَعْدَ إيمَانٍ ، أوْ قَتْلُ نَفْسٍ بِغَيْرِ نَفْسٍ » وأيضا فإن سفك الدم بالنكول حكم ترده الأصول ، فإنه إذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لايجب بذلك سفك الدماء . وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها فى الشرع على أنها لاتراق إلا بالبينة العادلة أو بالاعتراف ، ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة فى هذه المسئلة أولى بالصواب إن شاء الله . وقد اعترف أبو المعالى فى كتابه البرهان بقوة أبى حنيفة فى هذه المسئلة وهو شافعى . واتفقوا على أنه إذا أكذب نفسه حد وألحق به الولد إن كان نفى ولدا . واختلفوا هل له أن يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على أن الفرقة تجب باللعان ، إما بنفسه وإما بحكم حاكم على ما نقوله بعد ، فقال مالك والشافعى والثورى وداود وأحمد وجمهور فقهاء الأمصار إنهما لا يجتمعان أبدا وإن أكذب نفسه ، وقال أبو حنيفة وجماعة :

إذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب ؛ وقد قال قوم : ترد إليه امرأته . وحجة الفريق الأول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا سَبِيلَ لكَ عَلَيْها » ولم يستثن فأطلق التحريم . وحجة الفريق الثانى أنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان ، فكما يلحق به الولد كذلك تردّ المرأة عليه ، وذلك أن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بأن أحدهما كاذب ، فإذا انكشف ارتفع التحريم .

الفصل الخامس فى الأحكام اللازمة لتمام اللعان

فأما موجبات اللعان ، فإن العلماء اختلفوا من ذلك فى مسائل : منها هل تجب الفرقة أم لا ؟ وإن وجبت فمتى تجب ؟ وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم ؟ وإذا وقعت فهل هى طلاق أو فسخ ؟ فذهب الجمهور إلى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر من ذلك فى أحاديث اللعان « من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما » وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه : فكانت تلك سنة المتلاعنين ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « لاسبيل لك عليها » وقال عثمان البتّىّ وطائفة من أهل البصرة : لايعقب اللعان فرقة ، واحتجوا بأن ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ، ولا هو صريح فى الأحاديث ، لأن فى الحديث المشهور أنه طلقها بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه . وأيضا فإن اللعان إنما شرع لدرء حد القذف ، فلم يوجب تحريما تشبيها بالبينة . وحجة الجمهور أنه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لايجتمعا بعدها أبدا ، وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ، ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة . وبالجملة فالقبح الذى بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة إنها تقع إذا فرغا جميعا من اللعان . وقال الشافعى : إذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة . وقال أبو حنيفة : لاتقع إلا بحكم حاكم ، وبه قال الثورى وأحمد . وحجة مالك على الشافعى حديث ابن عمر قال « فرّق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال : حِسابُكُما عَلَى اللهِ ، أحَدُكُما كاذِبٌ لاسَبِيلَ لكَ عَلَيْها » وما روى أنه لم يفرق بينهما إلا بعد تمام اللعان . وحجة

الشافعى أن لعانها إنما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ، ولعان الرجل هو المؤثر فى نفى النسب ، فوجب إن كان للعان تأثير فى الفرقة أن يكون لعان الرجل تشبيها بالطلاق . وحجتهما جميعا على أبى حنيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عندوقوع اللعان منهما ، فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق إنما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال « لاسبيل لك عليها » فرأى أن حكمه شرط فى وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط فى صحة اللعان . فسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة ، وبين من لم ير ذلك أن تفريق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا فى الحديث المشهور ، لأنه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة ، والأصل أن لافرقة إلا بطلاق ، وأنه ليس فى الشرع تحريم يتأبد : أعنى متفقا عليه ، فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة [1] قال بإيجابها . وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الأحكام التى يشترط فى صحتها حكم الحاكم أو التى لايشترط ذلك فيها . وأما المسئلة الرابعة ، وهى إذا قلنا إن الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق ، فإن القائلين بالفرقة اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك والشافعى : هو فسخ ، وقال أبوحنيفة : هو طلاق بائن . وحجة مالك تأبيد التحريم به فأشبه ذات المحرم .

وأما أبوحنيفة فشبهها بالطلاق قياسا على فرقة العنين إذ كانت عنده بحكم حاكم .

كتاب الإحداد

أجمع المسلمون على أن الإحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات فى عدة الوفاة إلا الحسن وحده . واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة ، وفيما تمتنع الحادة منه مما لاتمتنع ، فقال مالك : الإحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الأمة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا إحداد عليها عنده ، وبه قال فقهاء الأمصار ،

(١) هكذا الأصول ، ولعل فيه سقطا هكذا : ومن قال بالمفهوم قال بإيجابها ، تأمل اهـ مصححه .

وخالف قول مالك المشهور فى الكتابية ابن نافع وأشهب ، ورروياه عن مالك ، وبه قال الشافعى : أعنى أنه لاإحداد على الكتابية ؛ وقال أبو حنيفة : ليس على الصغيرة ولا على الكتابية إحداد ؛ وقال قوم : ليس على الأمة المزوجة إحداد ، وقد حكى ذلك عن أبى حنيفة ، فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه إحداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه إحداد . وأما اختلافهم من قبل العدد فإن مالكا قال : لاإحداد إلا فى عدة الوفاة . وقال أبو حنيفة والثورى الإحداد فى العدة من الطلاق البائن واجب ؛ وأما الشافعى فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه . وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحادة منه مما لاتمتنع عنه ، فإنها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية للرجال إلى النساء ، وذلك كالحلى والكحل إلا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة إلا السواد ، فإنه لم يكره مالك لها لبس السواد ، ورخص كلهم فى الكحل عند الضرورة ، فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة ، وبعضهم لم يشترطه ، وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار . وبالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحادة متقاربة ، وذلك الرما يحرك جال بالجملة إليهن . وإنما صار الجمهور لإيجاب الإحداد فى الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فمنها حديث أم سلمة زوج النبى عليه الصلاة والسلام « أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن ابنتى توفى عنها زوجها ، وقد اشتكت عينيها أفتكتحلهما ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، مرتين أو ثلاثا ، كل ذلك يقول لها لا ، ثم قال : إنمَّا هِىَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ وَقَدْ كَانَتْ إحْدَاكُنَّ تَرمى بالبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الحَوْلِ » وقال أبو محمد : فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بإيجاب الإحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ، ثم قالت : والله مالى به من حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ مُؤْمِنَةٍ تُؤْمِنُ باللهِ واليَوْمِ الآخِرِ أنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاثِ لَيَالٍ ، إلاَّ على زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً » فليس فيه حجة ، لأنه استثناء من حظر فهو يقتضى الإباحة دون الإيجاب . وكذلك حديث زينب بنت جحش . قال القاضى : وفى الأمر إذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين : أعنى هل

يقتضى الوجوب أو الإباحة . وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة أن من رأى أن الإحداد عبادة لم يُلزِمه الكافرة؛ ومن رأى أنه معنى معقول ، وهو تشوف الرجال إليها وهى إلى الرجال ، سوّى بين الكافرة والمسلمة ؛ ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرّق بين الصغيرة والكبيرة إذا كانت الصغيرة لايتشوف الرجال إليها . ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج » قال : وشرطه الإيمان فى الإحداد يقتضى أنه عبادة . وأما من فرق بين الأمة والحرة وكذلك الكتابية ، فلأنه زعم أن عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق : أحدهما الإحداد، والثانى ترك الخروج ، فلما سقط ترك الخروج عن الأمة بتبذلها والحاجة إلى استخدامها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم فى المكاتبة فمن قبل ترددها بين الحرة والأمة . وأما الأمة بملك اليمين وأم الولد ، فإنما صار الجمهور إلى إسقاط الإحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام« لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج » فعلم بدليل الخطاب أن من عدا ذات الزوج لايجب عليها إحداد ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ، ومن ألحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى ، وذلك أنه يظهر من معنى الإحداد أن المقصود به أن لاتتشوف إليها الرجال فى العدة ولا تتشوف هى إليهم ، وذلك سدا للذريعة لمكان حفظ الأنساب ، والله أعلم . كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه، والشكر على نعمه؛ ويتلوه كتاب البيوع إن شاء الله تعالى

كتاب البيوع

الكلام فى البيوع ينحصر فى خمس جمل : فى معرفة أنواعها . وفى معرفة شروط الصحة فى واحد واحد منها . وفى معرفة شروط الفساد . وفى معرفة أحكام البيوع الصحيحة. وفى معرفة أحكام البيوع الفاسدة . فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ، ثم نذكر شروط الفساد والصحة فى واحد واحد منها ؛ وأحكام بيوع الصحة ، وأحكام البيوع الفاسدة . ولما كانت أسباب الفساد والصحة فى البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أو لأكثرها ومنها خاصة ، وكذلك الأمر فى أحكام

الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعى أن نذكر المشترك من هذه الأصناف الأربعة : أعنى العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ، ثم نذكر الخاص من هذه الأربعة بواحد واحد من البيوع ، فينقسم هذا الكتاب باضطرار إلى ستة أجزاء : الجزء الأول : تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة . والثانى : تعرف فيه أسباب الفساد العامة فى البيوع المطلقة أيضا : أعنى فى كلها أو أكثرها إذ كانت أعرف من أسباب الصحة . الثالث : تعرف فيه أسباب الصحة فى البيوع المطلقة أيضا . الرابع : نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة ، أعنى الأحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أو لأكثرها . الخامس : نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة : أعنى إذا وقعت . السادس : نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

(الجزء الأول) إن كل معاملة وجدت بين اثنين ، فلا يخلو أن تكون عينا بعين ، أو عينا بشىء فى الذمة ، أو ذمة بذمة ، وكل واحد من هذه الثلاث إما نسيئة وإما ناجز ، وكل واحد من هذه أيضا إما ناجز من الطرفين وإما نسيئة من الطرفين ، وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر ، فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع لا فى العين ولا فى الذمة ، لأنه الدين بالدين المنهى عنه . وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ، ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة ، وذلك أنها إذا كانت عينا بعين فلا تخلو أن تكون ثمنا بمثمون أو ثمنا بثمن ، فإن كانت ثمنا بثمن سمى صرفا ، وإن كانت ثمنا بمثمون سمى بيعا مطلقا وكذلك مثمونا بمثمون على الشروط التى تقال بعد ، وإن كان عينا بذمة سمى سلما ، وإن كان على الخيار سمى بيع خيار ، وإن كان على المرابحة سمى بيع مرابحة ، وإن كان على المزايدة سمى بيع مزايدة .

(الجزء الثانى) وإذا اعتبرت الأسباب التى من قبلها ورد النهى الشرعى فى البيوع ، وهى أسباب الفساد العامة وجدت أربعة : أحدها تحريم عين المبيع . والثانى الربا . والثالث الغرر . والرابع الشروط التى تئول إلى أحد هذين أو لمجموعهما . وهذه الأربعة هى بالحقيقة أصول الفساد ، وذلك أن النهى إنما

تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع لا لأمر من خارج . وأما التي ورد النهي فيها لأسباب من خارج ؛ فمنها الغش ؛ ومنها الضرر ؛ ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه؛ ومنها لأنها محرمة البيع . ففي هذا الجزء أبواب :

الباب الأول في الأعيان المحرمة البيع

وهذه على ضربين : نجاسات ، وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالأصل في تحريمها حديث جابر ، ثبت في الصحيحين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إِنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَا بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ ، فقيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويستصبح بها ؟ فقال : لَعَنَ اللهُ الْيَهُودَ حُرِّمَتِ الشُّحُومُ عَلَيْهِمْ فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا » وقال في الخمر « إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا » والنجاسات على ضربين : ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وأنها نجسة ، إلا خلافا شاذا في الخمر : أعني في كونها نجسة ، والميتة بجميع أجزائها التي تقبل الحياة ، وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التي تقبل الحياة . واختلف في الانتفاع بشعره ؛ فأجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ . وأما القسم الثاني وهي النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين ، فاختلف في بيعها في المذهب فقيل بمنعها مطلقا ، وقيل بإجازتها مطلقا ، وقيل بالفرق بين العذرة والزبل : أعني إباحة الزبل ومنع العذرة . واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا ؟ فمن رأى أنه ناب جعله ميتة ، ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن ، والخلاف فيه في المذهب . وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف في نجاسته ، فمنها الكلب والسنور . أما الكلب فاختلفوا في بيعه ، فقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلب أصلا . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه ، فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه . فأما من أراده للأكل فاختلفوا فيه ، فمن أجاز أكله أجاز بيعه ، ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه . واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه ، فقيل هو حرام ،

وقيل مكروه . فأما الشافعى فعمدته شيئان : أحدهما ثبوت النهى الوارد عن ثمن الكلب عن النبى صلى الله عليه وسلم . والثانى أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير ، وقد ذكرنا دليله فى ذلك فى كتاب الطهارة . وأما من أجاز فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الأكل، فجاز بيعه كالأشياء الطاهرة العين، وقد تقدم أيضا فى كتاب الطهارة استدلال من رأى أنه طاهر العين ، وفى كتاب الأطعمة استدلال من رأى أنه حلال . ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به ، إلا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما فى معناه ، ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهى عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ . وأما النهى عن ثمن السنور فثابت ، ولكن الجمهور على إباحته لأنه طاهر العين مباح المنافع . فسبب اختلافهم فى الكلاب تعارض الأدلة . ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكله ، فقال مالك : لايجوز بيع الزيت النجس ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز إذا بين ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم « أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول : إنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حرَّمَا الخَمْرَ والمَيْتَةَ والخِنْزِيرَ » . وعمدة من أجازه : أنه إذا كان فى الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ، ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالحاجة إلى المحرمة ، فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الأكل على الإباحة : أعنى أنه إن كان فيها منافع سوى الأكل فبيعت لهذا جاز ، ورووا عن على وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به ، وفى مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه ، وأجاز ذلك الشافعى أيضا مع تحريم ثمنه ، وهذا كله ضعيف ، وقد قيل إن فى المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للأصل : أعنى لتحريم البيع . واختلف أيضا فى المذهب فى غسله وطبخه هل هو مؤثر فى عين النجاسة ومزيل لها على قولين : أحدهما جواز ذلك ، والآخر منعه ، وهما مبنيان على أن الزيت إذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين

أو نجاسة مجاورة ؟ فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عند الغسل والطبخ ، ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عند الطبخ والغسل .

ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى جواز بيع لبن الآدمية إذا حلب ، فمالك والشافعى يجوّزانه ، وأبو حنيفة لايجوزه . وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيح شربه فأبيح بيعه قياسا على لبن سائر الأنعام ، وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو لمكان ضرورة الطفل إليه ، وأنه فى الأصل محرم ، إذ لحم ابن آدم محرم ، والأصل عندهم أن الألبان تابعة للحوم ، فقالوا فى قياسهم هكذا الإنسان حيوان لايؤكل لحمه ، فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والأتان فسبب اختلافهم فى هذا الباب تعارض أقيسة الشبه ، وفروع هذا الباب كثيرة ، وإنما نذكر من المسائل فى كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الأصول .

الباب الثانى فى بيوع الربا

واتفق العلماء على أن الربا يوجد فى شيئين : فى البيع ، وفيما تقرر فى الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر فى الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه ، وهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه ، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون ، فكانوا يقولون : أنظرنى أزدك ، وهذا هو الذى عناه عليه الصلاة والسلام بقوله فى حجة الوداع « ألا وإن ربا الجاهلِيَّة مَوضُوعٌ وأوّلُ ربا أضَعُهُ رِبا العَبَّاسِ بنِ عَبْدِ المُطَّلبِ ، والثَّانى «ضَعْ وتَعَجَّلْ » وهو مختلف فيه وسنذكره فيما بعد . وأما الربا فى البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان : نسيئة وتفاضل ، إلا ما روى عن ابن عباس من إنكاره الربا فى التفاضل لما رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «لاربا إلاَّ فى النَّسِيئَة وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا فى هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم . والكلام فى الربا ينحصر فى أربعة فصول : الفصل الأول : فى معرفة الأشياء التى لايجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز فيها النَّساء ، وتبيين علة ذلك . الثانى : معرفة الأشياء التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء . الثالث : فى معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعا . الرابع : فى معرفة ما يعد صنفا واحدا مما لايعدّ صنفا واحدا .

الفصل الأول

في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النَّساء وتبيين علة ذلك

فنقول : أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت ، إلا ما حكى عن ابن عباس ، وحديث عبادة هو قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان . وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث ، أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ رِبا ، إلاَّ هاءَ وهاءَ ، والبُرُّ بالبُرِّ ربا إلاَّ هاءَ وهاءَ والتَّمْرُ بالتَّمْرِ رِباً إلاَّ هاءَ وهاءَ ، والشَّعيرُ بالشَّعيرِ رِباً إلاَّ هاءَ وهاءَ » فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد، وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه ، وإباحة التفاضل ، وذلك في بعض الروايات الصحيحة ، وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة « وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيد والبر بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وهذا كله متفق عليه بين الفقهاء إلا البر بالشعير . واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها ، فقال قوم منهم أهل الظاهر : إنما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الأصناف الستة فقط ، وأن ما عداها لا يمتنع الصنف الواحد منها التفاضل ، وقال هؤلاء أيضا : إن النساء ممتنع في هذه الستة فقط اتفقت الأصناف أو اختلفت ، وهذا أمر متفق عليه : أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الأصناف ، إلا ما حكى عن ابن علية أنه قال : إذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ما عدا الذهب والفضة . فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص . وأما الجمهور من فقهاء الأمصار ، فإنهم اتفقوا على أنه من باب الخاص أريد به العام . واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه

عليه بهذه الأصناف : أعنى فى مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها : فالذى استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل أما فى الأربعة ، فالصنف الواحد من المدخر المقتات ، وقد قيل الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون فى الأكثر ، وقال بعض أصحابه : الربا فى الصنف المدخر وإن كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم فى منع التفاضل فى الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضا مع كونهما رءوسا للأثمان وقيما للمتلفات ، وهذه العلة هى التى تعرف عندهم بالقاصرة ، لأنها ليست موجودة عندهم فى غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية فى الأربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ، ولذلك إذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ، ولذلك يجوز التفاضل عندهم فى المطعومات التى ليست مدخرة : أعنى فى الصنف الواحد منها ، ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل ، فلكونها ليست مدخرة ، وقد قيل إن الادخار شرط فى تحريم التفاضل فى الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة ، وقد قلنا إن الطعم بإطلاق علة لمنع النساء فى المطعومات . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم فى هذه الأربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم فى الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف ، وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب ، فإن الإجماع انعقد على أنه يجوز فيها النساء ، ووافق الشافعى مالكا فى علة منع التفاضل والنساء فى الذهب والفضة ، أعنى أن كونهما رءوسا للأثمان وقيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة إذا اختلف الصنف ، فإذا اتفقا منع التفاضل ، والحنفية تعتبر فى المكيل قدرا يتأتى فيه الكيل ، وسيأتى أحكام الدنانير والدراهم بما يخصها فى كتاب الصرف ، وأما هاهنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء فى علل الربا المطلق فى هذه الأشياء ، وذكر عمدة دليل كل فريق منهم ، فنقول : إن الذين قصروا صنف الربا على هذه الأصناف الستة فهم أحد صنفين : إما قوم نفوا القياس فى الشرع : أعنى استنباط العلل من الألفاظ وهم الظاهرية ، وإما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت ههنا

بالمنطوق به ، فإنما ألحقه بقياس الشبه لابقياس العلة ، إلا ما حكى عن ابن الماجشون أنه اعتبر فى ذلك المالية وقال : علة منع الربا إنما هى حياطة الأموال ، يريد منع العين . وأما القاضى أبو بكر الباقلانى. فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفا ، وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر فى هذا الموضع قياس المعنى ، إذ لم يتأتّ له قياس علة ، فألحق الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة ، لأنه زعم أنه فى معنى التمر ، ولكل واحد من هؤلاء : أعنى من القائسين دليل فى استنباط الشبه الذى اعتبره فى إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الأربعة . أما الشافعية فإنهم قالوا فى تثبيت علتهم الشبهية : إن الحكم إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى ـ والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فاقْطَعُوا أيْدِيَهُما ـ فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة . قالوا : وإذا كان هذا هكذا ، وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله أنه قال : كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الطَّعامُ بالطَّعامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ » فمن البين أن الطعم هو الذى علق به الحكم . وأما المالكية فإنها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على ما فى الموطأ ، وإما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون ، وتمسكت فى استنباط هذه العلة بأنه لوكان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الأربعة الأصناف المذكورة ، فلما ذكر منها عددا علم أنه قصد بكلى واحد منها التنبيه على ما فى معناه ، وهى كلها يجمعها الاقتيات والادخار . أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ، ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ، ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام ، وأيضا فإنهم قالوا : لما كان معقول المعنى فى الربا إنما هو أن لايغبن بعض الناس بعضا وأن تحفظ أموالهم ، فواجب أن يكون ذلك فى أصول المعايش وهى الأقوات . وأما الحنفية فعمدتهم فى اعتبار المكيل والموزون أنه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر ، وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر فى قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخيبر من حديث أبى سعيد وغيره « إلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ يداً بِيَدٍ »

رأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر فى الحكم كتأثير الصنف ، وربما احتجوا بأحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوىّ على اعتبار الكيل أو الوزن ؛ منها أنهم رووا فى بعض الأحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها فى حديث عبادة زيادة ، وهى كذلك ما يكال ويوزن ، وفى بعضها : وكذلك المكيال والميزان ، هذا نص لو صحت الأحاديث ، ولكن إذا تؤمل الأمر من طريق المعنى ظهر ـ والله أعلم ـ أن علتهم أولى العلل ، وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه ، وأن العدل فى المعاملات إنما هو مقاربة التساوى ، ولذلك لما عسر إدراك التساوى فى الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها : أعنى تقديرها ، ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات : أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها إنما هو فى وجود النسبة ، أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشىء الآخر إلى جنسه ، مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هى نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب ، فإن كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون ، فليكن مثلا الذى يساوى هذا القدر عددها هو عشرة أثواب ، فإذا اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض فى العدد واجبة فى المعاملة العدالة ، أعنى أن يكون عديل فرس عشرة أثواب فى المثل . وأما الأشياء المكيلة والموزونة ، فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف ، وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف كان العدل فى هذا إنما هو بوجود التساوى فى الكيل أو الوزن إذ كانت لاتتفاوت فى المنافع ، وأيضا فإن منع التفاضل فى هذه الأشياء يوجب أن لايقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة ، والتعامل إنما يضطر إليه فى المنافع المختلفة ، فإذا منع التفاضل فى هذه الأشياء أعنى المكيلة والموزونة علتان : إحداهما وجود العدل فيها ، والثانى منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السرف . وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح ، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التى لها منافع ضرورية . وروى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر

فى علة الربا فى هذه الأصناف الكيل والطعم ، وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا فى أقوات الناس ، فإنه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتا . وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر فى الربا الأجناس التى تجب فيها الزكاة ، وعن بعضهم الانتفاع مطلقا : أعنى المالية ، وهو مذهب ابن الماجشون .

الفصل الثانى

فى معرفة الأشياء التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة فى الربويات هى الطعم عند مالك والشافعى . وأما فى غير الربويات مما ليس بمطعوم ، فإن علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل ، وليس عند الشافعى نسيئة فى غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل فى الربويات وفى غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل ، وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك أنه يمنع النسيئة فى هذه ، لأنه عنده من باب السلف الذى يجر منفعة .

الفصل الثالث فى معرفة مايجوز فيه الأمران جميعا

وأما ما يجوز فيه الأمران جميعا : أعنى التفاضل والنساء ، فما لم يكن ربويا عند الشافعى . وأما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متماثلا أو صنفا واحدا بإطلاق على مذهب أبى حنيفة ، ومالك يعتبر فى الصنف المؤثر فى التفاضل فى الربويات ، وفى النساء فى غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها ، فإذا اختلفت جعلها صنفين ، وإن كان الاسم واحدا ، وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعى ، وإن كان الشافعى ليس الصنف عنده مؤثرا إلا فى الربويات فقط : أعنى أنه يمنع التفاضل فيه ، وليس هو عنده علة للنساء أصلا ، فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة فى هذه الفصول الثلاث . فأما الأشياء التى لاتجوز فيها النسيئة فإنها قسمان : منها ما لايجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ، ومنها ما يجوز فيها التفاضل . فأما الأشياء التى لايجوز فيها التفاضل

فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط ، وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن ، فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي ، وإذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك ، وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة . وأما الأشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فإنها صنفان : إما مطعومة ، وإما غير مطعومة . فأما المطعومة فالنساء عنده لايجوز فيها ، وعلة المنع الطعم ؛ وأما غير المطعومة فإنه لايجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعه مع التفاضل ، فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين إلى أجل إلا أن تكون إحداهما حلوبة والأخرى أكولة ، هذا هو المشهور عنه ؛ وقد قيل إنه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لايجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل . فأما إذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وإن كان الصنف واحداً ؛ وقيل يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع ، والأشهر أن لايعتبر ؛ وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لايجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت ، فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وإن اختلفت منافعها . وأما الشافعي فكل ما لايجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء ، فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقدا ، وكذلك شاة بشاة ، ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين إلى الصدقة » قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان » قالوا : وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة . وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد الذريعة ، وذلك أنه لافائدة في ذلك إلا أن يكون من باب سلف يجر نفعا وهو يحرم ، وقد قيل عنه إنه أصل بنفسه ، وقد قيل عن الكوفيين إنه لايجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس أو اتفق على ظاهر حديث سمرة ، فكأن الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص ، والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له ، لأن ظاهره يقتضي أن لايجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف ،

وكأن مالكا ذهب مذهب الجمع ، فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض ، وحديث عمرو بن العاص على اختلافها ، وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه ، ولكن صححه الترمذى ، ويشهد لمالك ما رواه الترمذى عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحَيَوانُ اثْنانِ بِوَاحِدٍ ، لايَصْلُحُ النَّساءُ ولا بأْسَ بِهِ يَدًا بِيَدٍ » وقال ابن المنذر : ثبت « أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبدا بعبدين أسودين . واشترى جارية بسبعة أرؤس » وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلا بنفسه لامن قبل سد ذريعة . واختلفوا فيما لايجوز بيعه نساء ، هل من شرطه التقابض فى المجلس قبل الافتراق سائر الربويات بعد اتفاقهم فى اشتراط ذلك فى المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتَبِيعُوا مِنْها غائِباً بِناجِزٍ » فمن شرط فيها التقابض فى المجلس شبهها بالصرف ، ومن لم يشترط ذلك قال : إن القبض قبل التفرق ليس شرطا فى البيوع إلا ماقام الدليل عليه ، ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الأصل .

الفصل الرابع

فى معرفة ما يعد صنفا واحدا ، وما لايعد صنفا واحدا

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفا واحدا وهو المؤثر فى التفاضل مما لايعد صنفا واحدا فى مسائل كثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها ، وكذلك اختلفوا فى صفات الصنف الواحد المؤثر فى التفاضل ، هل من شرطه أن لايختلف بالجودة والرداءة ، ولا باليبس والرطوبة ؟ فأما اختلافهم فيما يعد صنفا واحدا مما لايعد صنفا واحدا ، فمن ذلك القمح والشعير ، صار قوم إلى أنهما صنف واحد ، وصار آخرون إلى أنهما صنفان ، فبالأول قال مالك والأوزاعى ، وحكاه مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب ؛ وبالثانى قال الشافعى وأبو حنيفة ، وعمدتهما السماع والقياس . أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم « لاتَبِيعُوا البُرَّ بالبُرِّ والشَّعِيرَ بالشَّعِيرِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ » فجعلهما صنفين ، وأيضا فإن فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت « وَبِيعُوا الذَّهَبَ بالفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ ، والبُرَّ بالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ ، والمِلْحَ بالتَّمْرِ كَيْفَ

شقْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثورى ، وصحح هذه الزيادة الترمذى . وأما القياس فلأنهما شيئان اختلفت أسماؤهما ومنافعهما ، فوجب أن يكونا صنفين ، أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة فى الاسم والمنفعة . وأما عمدة مالك فإنه عمل سلفه بالمدينة . وأما أصحابه فاعتمدوا فى ذلك أيضا السماع والقياس . أما السماع فما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « الطَّعامُ بالطَّعامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ » فقالوا : اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف ، فإن هذا عام يفسره الأحاديث الصحيحة . وأما من طريق القياس فإنهم عددوا كثيرا من اتفاقهما فى المنافع ، والمتفقة المنافع لايجوز التفاضل فيها باتفاق ، والسلت عند مالك والشعير صنف واحد ، وأما القطنية فإنها عنده صنف واحد فى الزكاة ، وعنه فى البيوع روايتان : إحداهما أنها صنف واحد ، والأخرى أنها أصناف . وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها ، فمن غلب الاتفاق قال : صنف واحد ، ومن غلب الاختلاف قال : صنفان أو أصناف ، والأرز والدخن والجاورس عنده صنف واحد .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب فى الصنف الواحد من اللحم الذى لايجوز فيه التفاضل ، فقال مالك : اللحوم ثلاثة أصناف : فلحم ذوات الأربع صنف ، ولحم ذوات الماء صنف ، ولحم الطير كله صنف واحد أيضا ، وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل . وقال أبوحنيفة : كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة ، والتفاضل فيه جائز إلا فى النوع الواحد بعينه . وللشافعى قولان : أحدهما مثل قول أبى حنيفة ، والآخر أن جميعها صنف واحد . وأبوحنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ، ومالك لايجيزه ، والشافعى لايجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ، ومالك يجيزه . وعمدة الشافعى قوله عليه الصلاة والسلام « الطعام بالطعام مثلا بمثل » ولأنها إذا فارقتها الحياة زالت الصفات التى كانت بها تختلف ، ويتناولها اسم اللحم تناولا واحدا . وعمدة المالكية أن هذه أجناس مختلفة ، فوجب أن يكون لحمها مختلفا . والحنفية تعتبر الاختلاف الذى فى الجنس الواحد من هذه وتقول : إن الاختلاف الذى بين الأنواع التى فى الحيوان ، أعنى فى الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذى بين التمر والبر والشعير . وبالجملة فكل طائفة تدعى أن

وزان الاختلاف الذى بين الأشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذى تراه فى اللحم ، والحنفية أقوى من جهة المعنى ، لأن تحريم التفاضل إنما هو عند اتفاق المنفعة .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال : قول إنه لايجوز بإطلاق ، وهو قول الشافعى والليث ؛ وقول إنه يجوز فى الأجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز ذلك فى المتفقة : أعنى الربوية لمكان الجهل الذى فيها من طريق التفاضل ، وذلك فى التى المقصود منها الأكل ، وهو قول مالك ، فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للأكل ، وذلك عنده فى الحيوان المأكول ، حتى أنه لايجيز الحى بالحى إذا كان المقصود الأكل من أحدهما ، فهى عنده من هذا الباب ، أعنى أن امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة ؛ وقول ثالث إنه يجوز مطلقا ، وبه قال أبو حنيفة . وسبب الخلاف معارضة الأصول فى هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب ، وذلك أن مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم » فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول البيوع التى توجب التحريم قال به . ومن رأى أن الأصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين : إما أن يغلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه أو يرده لمكان معارضة الأصول له . فالشافعى غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الأصول ، ومالك رده إلى أصوله فى البيوع ، فجعل البيع فيه من باب الربا ، أعنى بيع الشىء الربوى بأصله ، مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتى الكلام على هذا الأصل ، فإنه الذى يعرفه الفقهاء بالمزابنة ، وهى داخلة فى الربا بجهة ، وفى الغرر بجهة ، وذلك أنها ممنوعة فى الربويات من جهة الربا والغرر ، وفى غير الربويات من جهة الغرر فقط الذى سببه الجهل بالخارج عن الأصل .

(مسئلة) ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل ، فالأشهر عن مالك جوازه ، وهو قول مالك فى موطئه ، وروى عنه أنه لايجوز ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك ؛ وقال بعض أصحاب مالك : ليس هو اختلافا من قوله ، وإنما رواية المنع إذا كان

اعتبار المثلية بالكيل ، لأن الطعام إذا صار دقيقا اختلف كيله ، ورواية الجواز إذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبوحنيفة فالمنع عنده فى ذلك من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون . ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن يكال أو يوزن ، والعدد فيما لايكال ولا يوزن . واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز ، فقال أبوحنيفة : لابأس ببيع ذلك متفاضلا ومماثلا ، لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذى فيه الربا ، وقال الشافعى : لايجوز مماثلا فضلا عن متفاضل ، لأنه قد غيرته الصنعة تغيرا جهلت به مقاديره التى تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالأشهر فى الخبز عنده أنه يجوز مماثلا ، وقد قيل فيه إنه يجوز فيه التفاضل والتساوى . وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة . وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله ، وإن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لاتمكن ؟ فقال أبوحنيفة : تنقله ، وقال مالك والشافعى : لاتنقله . واختلفوا فى إمكان المماثلة فيهما ، فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة فى الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة ، فإن مالكا يرى فى كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس : أعنى من أن يكون جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل ، وفى بعضها ليس يرى ذلك ، وتفصيل مذهبه فى ذلك عسير الانفصال ، فاللحم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد ، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان ، وقد رام أصحابه التفصيل فى ذلك ، والظاهر من مذهبه أنه ليس فى ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها ، وقد رام حصرها الباجى فى المنتقى ، وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التى توجب عنده الاتفاق فى شىء شىء من الأجناس التى يقع بها التعامل ، وتمييزها من التى لاتوجب ذلك : أعنى فى الحيوان والعروض والنبات . وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة فى أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه فى تمييزها إلا ما يعطيه بادئ النظر فى الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة ، فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجرى تلك الأجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه ، وأنت تتبين ذلك من كتبهم ، فهذه هى أمهات هذا الباب .

(فصل) وأما اختلافهم فى بيع الربوى الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل فى القدر والتناجز ، فإن السبب فى ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبى وقاص أنه قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ أينْقُصُ الرُّطَبُ إذا جفَّ ؟ فقالوا : نعم ، فنهى عن ذلك » فأخذ به أكثر العلماء وقال : لايجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعى وغيرهما . وقال أبوحنيفة : يجوز ذلك ، وخالفه فى ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف . وقال الطحاوى بقول أبى حنيفة . وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له ، واختلافهم فى تصحيحه ، وذلك أن حديث عبادة اشترط فى الجواز فقط المماثلة والمساواة ، وهذا يقتضى بظاهره حال العقد لاحال المآل ؛ فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ؛ ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال : هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات . والحديث أيضا اختلف الناس فى تصحيحه ولم يخرّجه الشيخان . قال الطحاوى : خولف فيه عبد الله، فرواه يحيى بن كثير عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة » وقال : إن الذى يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبى وقاص هو مجهول ، لكن جمهور الفقهاء صاروا إلى العمل به . وقال مالك فى موطئه قياسا به على تعليل الحكم فى هذا الحديث ، وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام : يعنى منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمى المزابنة عند مالك المنهى عنها عنده ، والعرية عنده مستثناة من هذا الأصل ، وكذلك عند الشافعى ، والمزابنة المنهى عنها عند أبى حنيفة هو بيع التمر على الأرض بالتمر فى رءوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما أعنى بوجود التساوى ، وطرد الشافعى هذه العلة فى الشيئين الرطبين ، فلم يجز بيع الرطب بالرطب ، ولا العجين بالعجين مع التماثل ، لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف . وخالفه فى ذلك جلّ من قال بهذا الحديث .

وأما اختلافهم فى بيع الجيد بالردىء فى الأصناف الربوية ، فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط فى الجودة بصنفين : أحدهما أجود من ذلك الصنف ، والآخر أردأ ، مثل أن يبيع مُدَّين من تمر وسط بمدين من تمر

أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه ، فإن مالكا يرد هذا لأنه يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط فى مد من الطيب ، فجعل معه الردىء ذريعة إلى تحليل ما لايجب من ذلك ، ووافقه الشافعى فى هذا ، ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لأنه لايُعمل التهم ، ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل فى الصفة ، وذلك أنه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردىء عن الوسط ، وإلا فليس هناك مساواة فى الصفة . ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنانير أو دراهم إذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان فى القدر ، فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثانى مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم ، فقال مالك والشافعى والليث : إن ذلك لايجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون : إن ذلك جائز . فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوى ينبغى أن يكون مساويا له فى القيمة أو يكفى فى ذلك رضا البائع ، فمن قال الاعتبار بمساواته فى القيمة قال : لايجوز لمكان الجهل بذلك ، لأنه إذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثانى كان التفاضل ضرورة ، مثال ذلك أنه إن باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوى الكيل ، وإلا وقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفى فى ذلك بأن يرضى به المتبايعان ، ومالك يعتبر أيضا فى هذا سد الذريعة ، لأنه إنما جعل جاعل ذلك ذريعة إلى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم فى هذا الجنس .

باب فى بيوع الذرائع الربوية

وههنا شىء يعرض للمتبايعين إذا قال أحدهما للآخر بزيادة أو نقصان ، وللمتبايعين إذا اشترى أحدهما من صاحبه الشىء الذى باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصد إلى ذلك تبايع ربوى ، مثل أن يبيع إنسان من إنسان سلعة بعشرة دنانير نقدا ثم يشتريها منه بعشرين إلى أجل ، فإذا أضيفت البيعة الثانية إلى الأولى استقر الأمر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير

فى عشرين إلى أجل ، وهذا هو الذى يعرف ببيوع الآجال . فنذكر من ذلك مسئلة فى الإقالة ، ومسئلة من بيوع الآجال إذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع ، وإنما المقصود فيه تحصيل الأصول .

(مسئلة) لم يختلفوا أن من باع شيئا مثّا كأنك قـلـْت عبدا بمائة دينار مثلا إلى أجل ، ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف إليه مبيعه ويدفع إليه عشرة دنانير مثلا نقدا أو إلى أجل ، أن ذلك يجوز وأنه لابأس بذلك ، وأن الإقالة عندهم إذا دخلتها الزيادة والنقصان هى ببيع مستأنف ، ولا حرج فى أن يبيع الإنسان الشىء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه ، لأنه فى هذه المسئلة اشترى منه البائع الأول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقدا أو إلى أجل ، وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار إلى أجل والعشرة مثاقيل نقدا أو إلى أجل . وأما إن ندم المشترى فى هذه المسألة وسأل الإقالة على أن يعطى البائع العشرة المثاقيل نقدا أو إلى أجل أبعد من الأجل الذى وجبت فيه المائة ، فهنا اختلفوا ، فقال مالك ؛ لايجوز ، وقال الشافعى : يجوز ؛ ووجه ماكره من ذلك مالك أن ذلك ذريعة إلى قصد بيع الذهب بالذهب إلى أجل وإلى بيع ذهب وعرض بذهب ، لأن المشترى دفع العشرة مثاقيل والعبد فى المائة دينارالتى عليه ، وأيضا يدخله بيع وسلف كأن المشترى باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة إلى الأجل الذى يجب عليه قبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعى فهذا عنده كله جائز لأنه شراء مستأنف ، ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة ، فيشترى منه غلاما بالتسعين دينارا التى عليه ويتعجل له عشرة دنانير ، وذلك جائز بإجماع . قال : وحمل الناس على التهم لايجوز . وأما إن كان البيع الأول نقدا فلا خلاف فى جواز ذلك ، لأنه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة ، إلا أن مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة : أعنى الذى يداين الناس ، لأنه عنده ذريعة لسلف فى أكثر منه يتوصلان إليه بما أظهرا من البيع من غير أن تكون له حقيقة . وأما البيوع التى يعرّفونها ببيوع الآجال ، فهى أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر أو نقدا .

(وهنا تسع مسائل إذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها فى مسئلتين

واتفق فى الباقى) وذلك أنه من باع شيئا إلى أجل ثم اشتراه ، فإما أن يشتريه إلى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده ، وفى كل واحد من هذه الثلاثة إما أن يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه ، وإما بأقل ، وإما بأكثر يختلف من ذلك فى اثنين ؛ وهو أن يشتريها قبل الأجل نقدا بأقل من الثمن أو إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن . فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لايجوز . وقال الشافعى وداود وأبو ثور يجوز ، فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنانير فى أكثر منها إلى أجل ، وهو الربا المنهى عنه فزوّر لذلك هذه الصورة ليتصلا بها إلى الحرام مثل أن يقول قائل لآخر : أسلفنى عشرة دنانير إلى شهر وأرد إليك عشرين دينارا ، فيقول : هذا لايجوز، ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين إلى شهر ، ثم أشتريه منك بعشرة نقدا . وأما فى الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لأنه إن أعطى أكثر من الثمن فى أقل من ذلك الأجل لم يتهم ، وكذلك إن اشتراها بأقل من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل ، ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث أبى العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إنى بعت من زيد عبدا إلى العطاء بثمانمائة فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة ، فقالت عائشة : بئسما شريت ، وبئسما اشتريت ، أبلغى زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب ، قالت : أرأيت إن تركت وأخذت الستمائة دينار ؟ قالت : نعم ـ ﴿فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ ما سَلَفَ﴾ ـ وقال الشافعى وأصحابه : لايثبت حديث عائشة ، وأيضا فإن زيداً قد خالفها ، وإذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس ، وروى مثل قول الشافعى عن ا ن عمر . وأما إذا حدث بالمبيع نقص عند المشترى الأول ، فإن الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة أن يشتريه نقدا بأقل من ذلك الثمن وعن مالك فى ذلك روايتان ، والصور التى يعتبرها مالك فى الذرائع فى هذه البيوع هى أن يتذرع منها إلى : أنظرنى أزدك ، أو إلى بيع ما لايجوز متفاضلا ، أو بيع ما لايجوز نساء ، أو إلى بيع وسلف ، أو إلى ذهب وعرض بذهب

أو إلى : ضع وتعجل ، أو بيع الطعام قبل أن يستوفى ، أو بيع وصرف ، فإن هذه هى أصول الربا . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل أن يقبضه ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة ، وأجازه الشافعى والثورى والأوزاعى وجماعة . وحجة من كرهه أنه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ، ومن أجازه لم ير ذلك فيه اعتبارا بترك القصد إلى ذلك . ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن إلى أجل معلوم ، فلما حل الأجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه إليه ، فاشترى من المشترى طعاما بثمن يدفعه إليه مكان طعامه الذى وجب له فأجاز ذلك الشافعى وقال : لافرق بين أن يشترى الطعام من غير المشترى الذى وجب له علية أو من المشترى نفسه ؛ ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة إلى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، لأنه رد إليه الطعام الذى كان ترتب فى ذمته ، فيكون قد باعه منه قبل أن يستوفيه . وصورة الذريعة فى ذلك أن يشترى رجل من آخر طعاما إلى أجل معلوم ، فإذا حل الأجل قال الذى عليه الطعام : ليس عندى طعام ، ولكن أشترى منك الطعام الذى وجب لك على ، فقال هذا لايصح لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفى فيقول له : فبع طعاما منى وأرده عليك ، فيعرض من ذلك ما ذكرناه ، أعنى أن يرد عليه ذلك الطعام الذى أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع إنما هو ثمن الطعام الذى هو فى ذمته . وأما الشافعى فلا يعتبر التهم كما قلنا وإنما يراعى فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بألسنتهما وظهر من فعلهما لإجماع العلماء على أنه إذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهرا أنه لايجوز ، ولو قال له : أسلفنى دراهم وأمهلنى بها حولا أو شهرا جاز ، فليس بينهما إلا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القصد وقرضه ، ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة : أنظرنى أزدك ، والتفاضل ، والنساء ، وضع وتعجل ، وبيع الطعام قبل قبضه ، فإنه يظن أنه من هذا الباب إذ فاعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته ، فينبغى أن نذكر ههنا هذين الأصلين : أما : ضع وتعجل فأجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار ، ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثورى وجماعة من فقهاء الأمصار ، واختلف قول الشافعى فى ذلك ، فأجاز مالك وجمهور من

ينكر : ضع وتعجل ، أن يتعجل الرجل فى دينه المؤجل عرضا يأخذه وإن كانت قيمته أقل من دينه . وعمدة من لم يجز : ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ، ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه فى الموضعين جميعا ، وذلك أنه هنالك لما زاد له فى الزمان زاد له عرضه ثمنا ، وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه فى مقابلته ثمنا . وعمدة من أجازه ما روى عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أمر بإخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا : يا نبى الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ضَعُوا وَتَعَجَّلُوا » فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه ، فإن العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتى . وإنما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ » . واختلف من هذه المسئلة فى ثلاثة مواضع أحدها : فيما يشترط فيه القبض من المبيعات . والثانى : فى الاستفادات التى يشترط فى بيعها القبض من التى لا يشترط . والثالث : فى الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا ، ففيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول فيما يشترط فيه القبض من المبيعات

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف فى مذهب مالك فى إجازته وأما الطعام الربوى فلا خلاف فى مذهبه أن القبض شرط فى بيعه . وأما غير الربوى من الطعام فعنه فى ذلك روايتان : إحداهما المنع وهى الأشهر ، وبها قال أحمد وأبو ثور ، إلا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن . والرواية الأخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط فى كل مبيع ماعدا المبيعات التى لا تنتقل ولا تحول من الدور والعقار . وأما الشافعى فإن القبض عنده شرط فى كل مبيع ، وبه قال الثورى ، وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس . وقال أبو عبيد وإسحاق : كل شىء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه ، فاشترط هؤلاء القبض فى المكيل والموزون ، وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز

ابن أبى سلمة وربيعة، وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود، فيتحصل فى اشتراط القبض سبعة أقوال : الأول : فى الطعام الربوى فقط . والثانى : فى الطعام بإطلاق . الثالث : فى الطعام المكيل والموزون . الرابع : فى كل شىء ينقل . الخامس : فى كل شىء . السادس فى المكيل والموزون . السابع : فى المكيل والموزون والمعدود . أما عمدة مالك فى منعه ما عدا المنصوص عليه فدليل الخطاب فى الحديث المتقدم . وأما عمدة الشافعى فى تعميم ذلك فى كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَحِلُّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ ولا رِبْحُ ما لَمْ يُضْمَنْ ولا بَيْعُ ما لَيْسَ عِنْدَكَ » وهذا من باب بيع ما لم يضمن ، وهذا مبنى على مذهبه من أن القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشترى ، واحتج أيضا بحديث حكيم بن حزام قال : قلت « يا رسول الله إنى أشترى بيوعا فما يحل لى منها وما يحرم ؟ فقال : يا ابْنَ أخى إذَا اشْتَرَيْتَ بَيْعاً فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ » قال أبو عمر : حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبى كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم ابن حزام قال : ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لا أعرف لهما جرحة إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط ، وذلك فى الحقيقة ليس بجرحة وإن كرهه جماعة من المحدثين . ومن طريق المعنى أن بيع ما لم يقبض يتطرق منه إلى الربا ، وإنما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لا ينقل ، لأن ما ينقل القبض عنده فيه هى التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن ، فلاتفاقهم أن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشترى إلا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع ما لم يضمن .

الفصل الثانى

فى الاستفادات التى يشترط فى بيعها القبض من التى لا يشترط

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر ، فإن العقود تنقسم أولا إلى قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات . والذى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهى البيوع والإجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدى وغيره .

والقسم الثانى لايختص بقصد المغابنة ، وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض . والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا : أعنى على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق ، كالشركة والإقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء فى هذه الأقسام . أما ما كان بيعا وبعوض فلا خلاف فى اشتراط القبض فيه ، وذلك فى الشيء الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء . وأما ما كان خالصا للرفق : أعنى القرض ، فلا خلاف أيضا أن القبض ليس شرطا فى بيعه أعنى أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه . واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع ، فقال : يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهى التولية والشركة والإقالة ، فإذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الإقالة أو التولية بزيادة أو نقصان ، فلا خلاف أعلمه فى المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده ، وقال أبو حنيفة والشافعى : لاتجوز الشركة ولا التولية قبل القبض ، وتجوز الإقالة عندهما لأنها قبل القبض فسخ بيع لا بيع . فعمدة من اشترط القبض فى جميع المعاوضات أنها فى معنى البيع المنهى عنه ، وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والإقالة والشركة للأثر والمعنى . أما الأثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة . وأما من طريق المعنى فإن هذه إنما يراد بها الرفق لا المغابنة إذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان ، وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل ، لأن العوض فى ذلك ليس بيِّنا إذا لم يكن عينا .

الفصل الثالث

فى الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا

وأما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافا ، فإن مالكا رخص فيه وأجازه وبه قال الأوزاعى ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى . وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، لأن الذريعة موجودة فى الجزاف وغير الجزاف . ومن الحجة لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال « كنا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا ، فبعث إلينا من يأمرنا

بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه ، قال أبو عمر : وإن كان مالك لم يرو عن نافع فى هذا الحديث ذكر الجزاف ، فقد روته جماعة وجوّده عبيد الله بن عمر وغيره ، وهو مقدم فى حفظ حديث نافع .
وعمدة المالكية أن الجزاف ليس فيه حق توفية ، فهوعندهم من ضمان المشترى بنفس العقد ، وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة ، وقد يدخل فى هذا الباب إجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئا لايملكه ، وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة إلى الربا . وأما من رأى منعه من جهة أنه قد لايمكنه نقله فهو داخل فى بيوع الغرر ؛ وصورة التذرع منه إلى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل : أعطنى عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها ، فيقول له : هذا لايصلح ، ولكن أبيع منك سلعة كذا لسلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ، ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمل البيع بينهما ، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضا فيرد عليه ضعفها ، وفى المذهب فى هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ، ولا خلاف فى هذه الصورة التى ذكرنا أنها غير جائزة فى المذهب : أعنى إذا تقارّا على الثمن الذى يأخذ به السلعة قبل شرائها .
وأما الدين بالدين ، فأجمع المسلمون على منعه . واختلفوا فى مسائل هل هى منه أم ليست منه ؟ مثل ما كان ابن القاسم لايجيز أن يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمرا قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ، ويراه من باب الدين بالدين . وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : ليس هذا من باب الدين بالدين ، وإنماالدين بالدين ما لم يشرع فى أخذ شىء منه ، وهو قياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة . ومما أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله فى المدونة من أن الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن إلى العطاء ، فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال : ولم ير الناس بذلك بأسا ، وكذلك كل ما يبتاع فى الأسواق ، وروى ابن القاسم أن ذلك لايجوز إلا فيما خشى عليه الفساد من الفواكه إذا أخذ جميعه . وأما القمح وشبهه فلا ، فهذه هى أصول هذا الباب ، وهذا الباب كله إنما حرم فى الشرع لمكان الغبن الذى يكون طوعا وعن علم .

الباب الثالث

وهى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر ، والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع ، أو بقدره أو بأجله إن كان هنالك أجل ، وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه ، وهذا راجع إلى تعذر التسليم ، وإما من جهة الجهل بسلامته : أعنى بقاءه ، وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أوبعضها . ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها ، والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف فى شرح أسمائها ، والمسكوت عنه مختلف فيه . ونحن نذكر أولا المنطوق به فى الشرع ، وما يتعلق به من الفقه ، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه : أعنى فى رد الفروع إلى الأصول . فأما المنطوق به فى الشرع فمنه « نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة » ومنها « نهيه عن بيع مالم يخلق ، وعن بيع الثمار حتى تزهى ، وعن بيع الملامسة والمنابذة ، وعن بيع الحصاة » ومنها « نهيه عن المعاومة ، وعن بيعتين فى بيعة ، وعن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود » « ونهيه عن المضامين والملاقيح » . أما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلا ، ولا يعلم ما فيه ، وهذا مجمع على تحريمه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعا إلى الاتفاق . وأما بيع الحصاة ، فكانت صورته عندهم أن يقول المشترى : أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها فهو لى ، وقيل أيضا إنهم كانوا يقولون : إذا وقعت الحصاة من يدى فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان : أحدهما أنها كانت بيوعا يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة ما فى بطنها ثم ينتج ما فى بطنها ، والغرر من جهة الأجل فى هذا بين ؛ وقيل إنما هو بيع جنين الناقة ، وهذا من باب النهى عن

بيع المضامين والملاقيح . والمضامين : هى ما فى بطون الحوامل ، والملاقيح . ما فى ظهور الفحول ، فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها ، وهى محرمة من تلك الأوجه التى ذكرناها . وأما بيع الثمار ، فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى » ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر منها نحن عيونها . وذلك أن بيع الثمار لايخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ، ثم إذا خلقت لايخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ، ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تزهى أو بعد أن تزهى ، وكل واحد من هذين لايخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع . أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهى عن بيع ما لم يخلق ، ومن باب بيع السنين والمعاومة . وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة ، وهى بيع الشجر أعواما » إلا ما روى عن عمر ابن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازه . وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره ، إلا ما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن ، وعن عكرمة أنه لايجوز إلا بعد الصرام ، فإذا قلنا بقول الجمهور إنه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى ، وقد قلنا إن ذلك لايخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية . فأما بيعها قبل الزهوّ بشرط القطع فلا خلاف فى جوازه إلا ما روى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك ، وهى رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف فى أنه لايجوز إلا ما ذكره اللخمى من جوازه تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهوّ مطلقا ، فاختلف فى ذلك فقهاء الأمصار ، فجمهورهم على أنه لايجوز : مالك والشافعى وأحمد وإسحاق والليث والثورى وغيرهم . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك إلا أنه يلزم المشترى عنده فيه القطع لامن جهة ما هو بيع ما لم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ما سيأتى بعدُ . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو ، فالحديث الثابت عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى

يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشترى » فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية ، وأن هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ، ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو « أرأيْتَ إنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يأْخُذُ أحَدُكُمْ مالَ أخِيهِ ؟ » لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الإطلاق : أعنى النهى عن البيع قبل الإزهاء بل رأى أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع . واختلفوا إذا ورد البيع مطلقا فى هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز ، أو على التبقية الممنوعة ؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية ، أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال : لايجوز ؛ ومن حمله على القطع قال : يجوز ، والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه إنه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحجتهم فى بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ باعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُها للبائِعِ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَها المُبْتاعُ » قالوا : فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا ، وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب ، واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال : «كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع : أصاب الثمر الزمان أصابه ما أضر به قشام ومراض لغاهات يذكرونها ، فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشورة يشير بها عليهم : لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها » وربما قالوا : إن المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله « حتى يبدو صلاحه » هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة فى أن من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية ، فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الإزهاء على الخصوص : أعنى إذا بيع الثمر مع الأصل . وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه ، والإطلاق

فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضى التبقية ، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أرأيت إن منع الله الثمرة » الحديث . ووجه الدليل منه أن الجوائح إنما تطرأ فى الأكثر على الثمار قبل بدوّ الصلاح ، وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر إلا قليلا ، ولو لم يجب فى المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع ، وكان هذا الشرط باطلا . وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية ، والإطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع ، وهو خلاف مفهوم الحديث ، وحجتهم أن نفس بيع الشىء يقتضى تسليمه وإلا لحقه الغرر ، ولذلك لم يجز أن تباع الأعيان إلى أجل . والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الأعيان إلى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة ، فالكوفيون خالفوا الجمهور فى بيع الثمار فى موضعين : أحدهما فى جواز بيعها قبل أن تزهى . والثانى فى منع تبقيتها بالشرط بعد الإزهاء أو بمطلق العقد ، وخلافهم فى الموضع الأول أقوى من خلافهم فى الموضع الثانى : أعنى فى شرط القطع وإن أزهى ، وإنما كان خلافهم فى الموضع الأول أقرب ، لأنه من باب الجمع بين حديثى ابن عمر المتقدمين ، لأن ذلك أيضا مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير . وأما بدوّ الصلاح الذى جوّز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده ، فهو أن يصفرّ فيه البسر ويسودّ فيه العنب إن كان مما يسود ، وبالجملة أن تظهر فى الثمر صفة الطيب ، هذا هو قول جماعة فقهاء الأمصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى ، فقال : حَتَّى يَحْمَرَّ » وروى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيع العنب حتى يسود ، والحب حتى يشتد » وكان زيد بن ثابت فى رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا ، وذلك لاثنتى عشرة ليلة خلت من أيار وهو مايو ، وهو قول ابن عمر أيضا « سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات ، فقال عبد الله بن عمر : ذلك وقت طلوع الثريا » وروى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إِذَا طَلَعَ النَّجْمُ صباحاً رُفِعَت العاهاتُ عَنْ أَهْلِ البَلَدِ » وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباعَ الحائط وإن لم يزه إذا أزهى ما حوله من الحيطان إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة ، يريد ـ والله أعلم ـ طلوع الثريا ، إلا أن المشهور عنه أنه

لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو، وقد قيل إنه لا يعتبر مع الإزهاء طلوع الثريا. فالمحصل فى بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال : قول إنه الإزهاء ، وهو المشهور ، وقول إنه طلوع الثريا، وإن لم يكن فى الحائط فى حين البيع إزهاء ؛ وقول : الأمران جميعا . وعلى المشهور من اعتبار الإزهاء يقول مالك إنه إذا كان فى الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها إلا بظهور الطيب فيه ، وخالفه فى ذلك الليث . وأما الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض، وبدوّ الصلاح المعتبر عن مالك فى الصنف الواحد من الثمر هو وجود الإزهاء فى بعضه لا فى كله إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكرا فى بعضه تبكيرا يتراخى عنه البعض بل إذا كان متتابعا ، لأن الوقت الذى تنجو الثمرة فيه فى الغالب من العاهات هو إذا بدا الطيب فى الثمرة ابتداء متناسقا غير منقطع . وعند مالك أنه إذا بدا الطيب فى نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعى : لا يجوز إلا بيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط . ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد . والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر ، وذلك أنه إذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلق ، وذلك أن صفة الطيب فيه وهى مشتراة لم تخلق بعد ، لكن هذا كما قال : لا يشترط فى كل ثمرة بل فى بعض ثمرة جنة واحدة ، وهذا لم يقل به أحد ، فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار . ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيضّ والعنب حتى يسود ، وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة فى سنبلها دون السنبل ، لأنه بيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته . واختلفوا فى بيع السنبل نفسه مع الحب ، فجوّز ذلك جمهور العلماء : مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة ؛ وقال الشافعى : لا يجوز بيع السنبل نفسه وإن اشتد ، لأنه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا بتبنه بعد الدرس . وحجة الجمهور شيئان : الأثر والقياس . فأما الأثر فما روى عن نافع عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهى ، وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة ، نهى البائع والمشترى » وهى زيادة على

ما رواه مالك من هذا الحديث ، والزيادة إذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعى أنه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله ، وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل إذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك إلا على القطع . وأما بيع السنبل غير محصود ، فقيل عن مالك يجوز ، وقيل لا يجوز ، إلا إذا كان فى حزمه. وأما بيعه فى تبنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب ، هذا إذا كان جزافا ، فأما إذا كان مكيلا فجائز عند مالك ، ولا أعرف فيه قولا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه ؛ فقال الكوفيون : على البائع حتى يعمله حبا للمشترى ؛ وقال غيرهم : هو على المشترى . ومن هذا الباب ما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة » وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبى هريرة ، قال أبو عمر : وكلها من نقل العدول ، فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما ؛ واختلفوا فى التفصيل ، أعنى فى الصورة التى ينطلق عليها هذا الاسم من التى لا ينطلق عليها واتفقوا أيضا على بعضها ، وذلك يتصور على وجوه ثلاثة : أحدها إما فى مثمونين بثمنين ، أو مثمون واحد بثمنين ، أو مثمونين بثمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم . أما فى مثمونين بثمنين ، فإن ذلك يتصور على وجهين : أحدهما أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بثمن كذا على أن تبيعنى هذه الدار بثمن كذا ؛ والثانى أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين . وأما بيع مثمون واحد بثمنين ، فان ذلك يتصور أيضا على وجهين : أحدهما أن يكون أحد الثمنين نقدا والآخر نسيئة ، مثل أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدا بثمن كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا بثمن كذا . وأما مثمونان بثمن واحد ، فثل أن يقول له : أبيعك أحد هذين بثمن كذا . فأما الوجه الأول ، وهو أن يقول له : أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعنى هذا الغلام بكذا ، فنص الشافعى على أنه لا يجوز ، لأن الثمن فى كليهما يكون مجهولا ، لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا فى كل واحد منهما على الثمن الذى اتفقا عليه فى المبيعين فى عقد واحد . وأصل الشافعى فى رد بيعتين فى بيعة إنما هو جهل الثمن أو المثمون . وأما الوجه الثانى ، وهو أن يقول : أبيعك هذه السلعة

بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم فى أحدهما فلا يجوز عند الجميع ، وسواء كان النقد واحدا أو مختلفا ؛ وخالف عبد العزيز بن أبى سلمة فى ذلك ، فأجازه إذا كان النقد واحدا أو مختلفا ، وعلة منعه عند الجميع الجهل ؛ وعند مالك من باب سد الذرائع لأنه ممكن أن يختار فى نفسه أحد الثوبين ، فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار ، وذلك لايجوز على أصل مالك . وأما الوجه الثالث ، وهو أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدا بكذا أو نسيئة بكذا ، فهذا إذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف فى أنه لايجوز ، وأما إذا لم يكن البيع لازما فى أحدهما فأجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة والشافعى ، لأنهما افترقا على ثمن غير معلوم ؛ وجعله مالك من باب الخيار ، لأنه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين فى الآخر ، وهذا عند مالك هو المانع ، فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعى وأبى حنيفة من جهة جهل الثمن ، فهو عندهما من بيوع الغرر التى نهى عنها ؛ وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لإمكان أن يكون الذى له الخيار قد اختار أولا إنفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك ، فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثانى ، فكأنه باع أحد الثمنين بالثانى ، فيدخله ثمن بثمن نسيئة ، أو نسيئة ومتفاضلا ، وهذا كله إذا كان الثمن نقدا ، وإن كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر ، وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا . وأما إذا قال : أشترى منك هذا الثوب نقدا بكذا على أن تبيعه منى إلى أجل ، فهو عندهم لايجوز بإجماع ، لأنه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ، ويدخله أيضا علة جهل الثمن . وأما إذا قال له : أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما أيهما اختار وافترقا قبل الخيار ، فإن كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما فى الثانى فإنه لاخلاف بين مالك والشافعى فى أنه لايجوز ؛ وقال عبد العزيز بن أبى سلمة : إنه يجوز ، وعلة المنع الجهل والغرر . وأما إن كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ، ولا يجوز عند أبى حنيفة والشافعى ؛ وأما مالك فإنه أجازه لأنه يجيز الخيار بعد عقد البيع فى الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده فى ذلك ؛ وأما من لايجيزه فعتبره بالغرر الذى لايجوز ، لأنهما افترقا على بيع غير معلوم . وبالجملة

فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير فى المبيعات لايجوز ، وأن القليل يجوز . ويختلفون فى أشياء من أنواع الغرر ، فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير ، وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير ؛ فإذا قلنا بالجواز على مذهب مالك ، فقبض الثوبين من المشترى على أن يختار فهلك أحدهما أو أصابه عيب فمن يصيبه ذلك ؟ فقيل تكون المصيبة بينهما ، وقيل بل يضمنه كله المشترى ، إلا أن تقوم البينة على هلاكه ؛ وقيل فرق فى ذلك بين الثياب وما يغاب عليه وبين ما لايغاب عليه كالعبد فيضمن فيما يغاب عليه ولا يضمن فيما لايغاب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقى ؟ قيل يلزم ، وقيل لايلزم ، وهذا يذكر فى أحكام البيوع . وينبغى أن نعلم أن المسائل الداخلة فى هذا المعنى هى : أما عند فقهاء الأمصار فمن باب الغرر ؛ وأما عند مالك فمنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ، ومنها ما يكون من باب الغرر ، فهذه هى المسائل التى تتعلق بالمنطوق به فى هذا الباب . وأما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وإن كان سببه الغرر فالأشبه أن نذكرها فى المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

(فصل) وأما المسائل المسكوت عنها فى هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الأمصار فكثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .

(مسئلة) المبيعات على نوعين : مبيع حاضر مرئىّ ، فهذا لاخلاف فى بيعه . ومبيع غائب أومتعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء ؛ فقال قوم : بيع الغائب لايجوز بحال من الأحوال لاما وصف ولا ما لم يوصف ، وهذا أشهر قولى الشافعى وهو المنصوص عند أصحابه ، أعنى أن بيع الغائب على الصفة لايجوز ؛ وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته ؛ وقال أبوحنيفة : يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده . وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة ؛ وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم ؛ وعند الشافعى لاينعقد البيع أصلا فى الموضعين ؛ وقد قيل فى المذهب : يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية ، وقع ذلك فى المدونة ، وأنكره عبد الوهاب وقال :

هو مخالف لأصولنا . وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشىء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفوّ عنه ؟ فالشافعى رآه من الغرر الكثير ؛ ومالك رآه من الغرر اليسير ؛ وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لاغرر هناك وإن لم تكن له رؤية ؛ وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر فى انعقاد البيع ، ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التى فى نشره ، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يجز عنده بيع السلاح فى جرابه ، ولا الثوب المطوىّ فى طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما فى جرابها. واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم : وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن ابن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا فى التجارة ، فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفا أو أربعة آلاف ، فذكر تمام الخبر ، وفيه بيع الغائب مطلقا ، ولا بد عند أبى حنيفة من اشتراط الجنس ، ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر ، وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ؟ ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأمونا كالعقار ، ومن ههنا أجاز مالك بيع الشىء برؤية متقدمة ، أعنى إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه .

(مسئلة) وأجمعوا على أنه لايجوز بيع الأعيان إلى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة ، إلا أن مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ، ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك فى بيع الغائب ، وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ، ومن عدم التسليم ، ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب ، أعنى لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لامن باب الربا ، وقد تكلمنا فى علة الدين بالدين ، ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لايجوز أن يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمرا قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين ، وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : إنما الدين بالدين ما لم

يشرع فى قبض شيء منه ، أعنى أنه كان يرى أن قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر ، وهو القياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة .

(مسئلة) أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذى يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وإن لم تطب جملته معا ؛ واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة ؛ وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن البطون المختلفة لاتخلو أن تتصل أو لاتتصل ، فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ، ثم إن اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أو لاتتميز ، فثال المتميز جزّ القصيل الذى يُجز مدة بعد مدة . ومثال غير المتميز المباطخ والمقاثئ والباذنجان والقرع ، فنى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان : إحداهما الجواز والأخرى المنع . وفى الذى يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز ، وخالفه الكوفيون وأحمد وإسحاق والشافعى فى هذا كله ، فقالوا : لايجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر . وحجة مالك فيما لايتميز أنه لايمكن حبس أوله على آخره ، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه ، أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ما طاب ، لأن الغرر فى الصفة شبهه بالغرر فى عين الشيء ، وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة فى بيع الثمار ، أعنى ماطاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة ، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد لأنه لاضرورة هناك إذا كان متميزا . وأما وجه الجواز فى القصيل فتشبيها له بما لايتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ، ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة . واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل ، ولم يجزه الشافعى إلا مقلوعا ، لأنه من باب بيع المغيب ؛ ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا فى قشره ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعى . والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر ؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو إليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين . ومن هذا الباب بيع السمك فى الغدير

أو البركة اختلفوا فيه أيضا ، فقال أبو حنيفة : يجوز ، ومنعه مالك والشافعى فيما أحسب ، وهو الذى تقتضى أصوله . ومن ذلك بيع الآبق أجازه قوم بإطلاق ، ومنعه قوم بإطلاق ومنهم الشافعى ؛ وقال مالك : إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشترى جاز ، وأظنه اشترط أن يكون معلوم الإباق ويتواضعان الثمن ، أعنى أنه لايقبضه البائع حتى يقبضه المشترى ، لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف ، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد فى بيع المواضعة وفى بيع الغائب غير المأمون ، وفيما كان من هذا الجنس . وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتى . والحجة للشافعى حديث شهر بن حوشب عن أبى سعيد الخدرى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الآبق ، وعن شراء ما فى بطون الأنعام حتى تضع ، وعن شراء ما فى ضروعها ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم » وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفا فى العادة ، ولم يجز ذلك فى الشاة الواحدة ؛ وقال سائر الفقهاء : لايجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب . ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم فى جلده . ومن هذا الباب بيع المريض أجازه مالك إلا أن يكون ميئوسا منه ؛ ومنعه الشافعى وأبو حنيفة ، وهى رواية أخرى عنه ، ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين ، فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ، ولم يجز بيع تراب الصاغة ؛ ومنع الشافعى البيع فى الأمرين جميعا ؛ وأجازه قوم فى الأمرين جميعا ، وبه قال الحسن البصرى ، فهذه هى البيوع التى يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية . وأما اعتبار الكمية فإنهم اتفقوا على أنه لايجوز أن يباع شىء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح إلا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشترى ؛ واتفقوا على أن العلم الذى يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر فى صحة البيع ، وفى كل ما كان غير معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشترى من جميع الأشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة ، وأن العلم بمقادير هذه الأشياء التى تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذى يسمونه الجزاف يجوز فى أشياء ويمنع فى أشياء . وأصل مذهب مالك فى ذلك أنه يجوز فى كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاد وهو عنده على أصناف : منها ما أصله

الكيل ويجوز جزافا ، وهى المكيلات والموزونات ؛ ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا ، وهى الممسوحات كالأرضين والثياب ؛ ومنها ما لايجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن ، بل إنما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا ، وهى كما قلنا التى المقصود منها آحاد أعيانها . وعند مالك أن التبر والفضة الغير المسكوكين يجوز بيعهما جزافاً ولا يجوز ذلك فى الدراهم والدنانير ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : يجوز ويكره . ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل : أى كل كيل منها بكذا ، فما كان فيها من الأكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها ؛ وقال أبو حنيفة : لايلزم إلا فى كيل واحد وهو الذى سمياه . ويجوز هذا البيع عند مالك فى العبيد والثياب وفى الطعام ، ومنعه أبو حنيفة فى الثياب والعبيد ، ومنع ذلك غيره فى الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن . ويجوز عند مالك أن يصدّق المشترى البائع فى كيلها إذا لم يكن البيع نسيئة ، لأنه يتهمه أن يكون صدقه ليُنظره بالثمن ؛ وعند غيره لايجوز ذلك حتى يكتالها المشترى لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى تجرى فيه الصيعان ؛ وأجازه قوم على الإطلاق ؛ وممن منعه أبو حنيفة والشافعى وأحمد ؛ وممن أجازه بإطلاق عطاء بن أبى رباح وابن أبى مليكة ؛ ولا يجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل ؛ ولا يجوز عند الشافعى وأبى حنيفة . والمزابنة المنهى عنها هى عند مالك من هذا الباب ، وهى بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية ، وذلك أما فى الربويات فلموضع التفاضل ، وأما فى غير الربويات فلعدم تحقق القدر .

الباب الرابع فى بيوع الشروط والثنيا

وهذه البيوع الفساد الذى يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ، ولكن لما تضمنها النص وجب أن تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة . والأصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة أحاديث : أحدها حديث جابر قال « ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره إلى المدينة » وهذا الحديث فى الصحيح . والحديث الثانى حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فى كِتَابِ

الله فَهُوَ باطِلٌ وَلَوْ كانَ مائَةَ شَرْطٍ » والحديث متفق على صحته . والثالث حديث جابر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ، ورخص فى العرايا » وهو أيضا فى الصحيح خرجه مسلم . ومن هذا الباب ما روى عن أبى حنيفة أنه روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط » فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث فى بيع وشرط ، فقال قوم : البيع فاسد والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة ؛ وقال قوم : البيع جائز والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول ابن أبى شبرمة ؛ وقال قوم : البيع جائز والشرط باطل ، وممن قال بهذا القول ابن أبى ليلى ؛ وقال أحمد : البيع جائز مع شرط واحد ، وأما مع شرطين فلا ، فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن الثنيا ؛ ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث عمر الذى ذكر فيه البيع والشرط ؛ ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ؛ ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبو داود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ ، ولا يجوز شَرْطانِ فى بَيْعٍ ، ولا رِبْحُ ما لَمْ تَضْمَنْ ، ولا بَيْعُ ما لَيْسَ هُوَ عِنْدَكَ » . وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هى والبيع معا ؛ وشروط تجوز هى والبيع معا ؛ وشروط تبطل ويثبت البيع ؛ وقد يظن أن عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع ، وإن تركه جاز البيع ، وإعطاء فروق بينة فى مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وإنما هى راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك ، أو إلى ما يفيد نقصا فى الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها ، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ، ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح ، وللمتأخرين من أصحاب مالك فى ذلك تفصيلات متقاربة ، وأحد من له ذلك جدى والمازرى والباجى ،

وتفصيله فى ذلك أن قال : إن الشرط فى المبيع يقع على ضربين أولين : أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشترى ، فمثل هذا قالوا : يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة . والقسم الثانى أن يشترط عليه شرطا يقع فى مدة الملك ، وهذا قالوا : ينقسم إلى ثلاثة أقسام : إما أن يشترط فى المبيع منفعة لنفسه ؛ وإما أن يشترط على المشترى منعا من تصرف عام أو خاص ؛ وإما أن يشترط إيقاع معنى فى المبيع ، وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون معنى من معانى البر. والثانى أن يكون معنى ليس فيه من البر شىء . فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لاتعود بمنع التصرف فى أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل السنة ، فذلك جائز على حديث جابر . وإما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام ، فذلك لايجوز لأنه من الثنيا ، مثل أن يبيع الأمة على أن لايطأها أو لايبيعها ، وإما أن يشترط معنى من معانى البر مثل العتق ، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده ، وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه . وبقول مالك فى إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعى على أن من قوله منع بيع وشرط ، وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ ، لأن فى بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره إلى المدينة ، وفى بعضها أنه أعاره ظهره إلى المدينة . ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فأجازه فى المدة القليلة ولم يجزه فى الكثيرة . وأما أبو حنيفة فعلى أصله فى منع ذلك . وأما إن اشترط معنى فى المبيع ليس ببر مثل أن لايبيعها ، فذلك لايجوز عند مالك ، وقيل عنه البيع مفسوخ ، وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع : متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فإنه لايجوز عند مالك ، لأنه يكون مترددا بين البيع والسلف ؛ إن جاء بالثمن كان سلفا ، وإن لم يجئ كان بيعا . واختلف فى المذهب هل يجوز ذلك فى الإقالة أم لا؟ فمن رأى أن الإقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ؛ ومن رأى أنها فسخ فرق بينها وبين البيوع . واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط أن لايبيعه حتى ينتصف من الثمن ، فقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره ؛ وقيل عن ابن القاسم : لايجوز ذلك ، لأنه شرط يمنع المبتاع

التصرف فى المبيع المدة البعيدة التى لايجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها ؛ فوجب أن يمنع صحة البيع ، ولذلك قال ابن المواز إنه جائز فى الأمد القصير . ومن المسموع فى هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة . واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض ، فمنعه أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء ، وأجازه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم ، وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور ؛ وحجة الجمهور أن النهى يتضمن فساد المنهى عنه مع أن الثمن يكون فى المبيع مجهولا لاقتران السلف به . وقد روى أن محمد ابن أحمد بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة إسماعيل بن إسحاق المالكى فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع ، وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال : أنا أدع الزق ، قال : وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فأجاب إسماعيل عن هذا بجواب لاتقوم به حجة ، وهو أن قال له : الفرق بينهما أن مشترط السلف هو مخير فى تركه أو عدم تركه ، وليس كذلك مسئلة زق الخمر ، وهذا الجواب هو نفس الشىء الذى طولب فيه بالفرق ، وذلك أنه يقال له : لم كان هنا مخيرا ولم يكن هنالك مخيرا فى أن يترك الزق ويصح البيع ، والأشبه أن يقال إن التحريم ههنا لم يكن لشىء محرم بعينه وهو السلف لأن السلف مباح ، وإنما وقع التحريم من أجل الاقتران : أعنى اقتران البيع به ، وكذلك البيع فى نفسه جائز ، وإنما امتنع من قبل اقتران الشرط به ، وهنالك إنما امتنع البيع من أجل اقتران شىء محرم لعينه به ، لا أنه شىء محرم من قبل الشرط : ونكتة المسئلة هل إذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط أم لايرتفع ، كما لايرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به ؟ وهذا أيضا ينبنى على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمى أو معقول ؟ فإن قلنا حكمى لم يرتفع بارتفاع الشرط ، وإن قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط ؛ فمالك رآه معقولا ، والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذى يوجد فى بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمى ، ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا ، وإن ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر . واختلفوا فى حكمه إذا وقع على ما سيأتى فى أحكام البيوع الفاسدة . ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز ؛ وحكى عن قوم من التابعين أنهم

أجازوه ، منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحارث وزيد بن أسلم . وصورته : أن يشترى الرجل شيئا فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئا على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وإن لم ينفذ ترك المشترى بذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به ؛ وإنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ، وكان زيد يقول : أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال أهل الحديث : ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وفى الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها ، أعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنيا ، أم ليست تدخل ؟ فمن ذلك أن يبيع الرجل حاملا ويستثنى ما فى بطنها ، فجمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى على أنه لايجوز ؛ وقال أحمد وأبو ثور وداود ذلك جائز ، وهو مروى عن ابن عمر . وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه ، أم ليس بمبيع وإنما هو باق على ملك البائع ؟ فمن قال مبيع قال : لايجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ؛ ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك ؛ وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه أن ذلك البعض لايخلو أن يكون شائعا أو معينا أو مقدرا ، فإن كان شائعا فلا خلاف فى جوازه مثل أن يبيع عبدا إلا ربعه . وأما إن كان معينا فلا يخلو أن يكون مغيبا مثل الجنين ، أو يكون غير مغيب ، فإن كان مغيبا فلا يجوز ، وإن كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل ، فلا يخلو الحيوان أن يكون مما يستباح ذبحه أو لا يكون ، فإن كان مما لا يستباح ذبحه فإنه لايجوز ، لأنه لايجوز أن يبيع أحد غلاما ويستثنى رجله ، لأن حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لاخلاف فيه ، وإن كان الحيوان مما يستباح ذبحه ، فإن باعه واستثنى منه عضوا له قيمة بشرط الذبح ، فى المذهب فيه قولان : أحدهما أنه لايجوز وهو المشهور ؛ والثانى يجوز ، وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما إذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف فى جوازه فى المذهب ، ووجه قول مالك إنه إن كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيب وإن كان لم يستثنه بجلده فإنه لايدرى بأى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه . ووجه قول ابن حبيب أنه استثنى عضوا معينا معلوما ، فلم يضره ما عليه من

الجلد أصله شراء الحب فى سنبله والجوز فى قشره . وأما إن كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح إما عرفا وإما ملفوظا به جزءامقدرا مثل أرطال من جزور، فعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما المنع ، وهى رواية ابن وهب ؛ والثانية الإجازة فى الأرطال اليسيرة فقط ، وهى رواية ابن القاسم . وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها . واتفقوا على أنه لايجوز أن يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات إلا بتعيين المشترى لها بعد البيع ، لأنه بيع ما لم يره المتبايعان . واختلفوا فى الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع ، فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل ؛ وروى عن مالك إجازته ؛ ومنع ابن القاسم قوله فى النخلات وأجازه فى استثناء الغنم . وكذلك اختلف قول لمالك وابن القاسم فى شراء نخلات معدودة من حائطه على أن يعينها بعد الشراء المشترى فأجازه مالك ومنعه ابن القاسم . وكذلك اختلفوا إذا استثنى البائع مكيله من حائط ؛ قال أبو عمر بن عبد البر : فمنع ذلك فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم ، وألفت الكتاب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا فى البيع ، لأنه استثناء مكيل من جزاف ؛ وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فإنهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه ، وحملوا النهى على الثنيا على ما فوق الثلث ، وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التى لايعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل مّا ، وهذا الأصل أيضا مختلف فيه ، أعنى إذا استثنى منها كيل معلوم . واختلف العلماء من هذا الباب فى بيع وإجارة معا فى عقد واحد ، فأجازه مالك وأصحابه ، ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعى ، لأن الثمن يرون أنه يكون حينئذ مجهولا ، ومالك يقول : إذا كانت الإجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا ، وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين فى بيعة . وأجمعوا على أنه لايجوز السلف أو البيع كما قلنا . واختلف قول مالك فى إجازة السلف والشركة ، فمرة أجاز ذلك ومرة منعه ، وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالأقل والأكثر فى وجود علل المنع فيها المنصوص عليها ، فمن قويت عنده علة المنع فى مسئلة منها منعها ، ومن لم تقو عنده أجازها ، وذلك راجع إلى ذوق المجتهد ، لأن هذه المواد يتجاذب القول فيها إلى الضدين على السواء

عند النظر فيها ، ولعل فى أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ، ولهذا ذهب بعض العلماء فى أمثال هذه المسائل إلى التخيير .

الباب الخامس

فى البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه ، وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ، ونهيه عن تلقى الركبان ، ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ، ونهيه عن النجش . وقد اختلف العلماء فى تفصيل معانى هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد ، فقال مالك : معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لايبع بعضكم على بيع بعض » ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد على سوم أخيه واحد ، وهى فى الحالة التى إذا ركن البائع فيها إلى السائم ولم يبق بينهما إلا شىء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها ، وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث . وقال الثورى معنى « لايبع بعضكم على بيع بعض » أن لايطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولاغيره . وقال الشافعى : معنى ذلك إذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هى خير منها ، وهذا بناء على مذهبه فى أن البيع إنما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهى إنما يتناول حالة قرب لزوم البيع ، ومختلفان فى هذه الحالة ما هى لاختلافهما فيما به يكون اللزوم فى البيع على ما سنذكره بعد ، وفقهاء الأمصار على أن هذا البيع يكره ، وإن وقع مضى لأنه سوم على بيع لم يتم ؛ وقال داود وأصحابه : إن وقع فسخ فى أى حالة وقع تمسكا بالعموم ؛ وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه ما لم يفت ؛ وأنكر ابن الماجشون ذلك فى البيع فقال : وإنما قال بذلك مالك فى النكاح ، وقد تقدم ذلك . واختلفوا فى دخول الذمى فى النهى عن سوم أحد على سوم غيره ، فقال الجمهور : لافرق فى ذلك بين الذمى وغيره ؛ وقال الأوزاعى : لابأس بالسوم على سوم الذمى لأنه ليس بأخى المسلم ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « لايَسُمْ أَحَدٌ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ » ومن ههنا منع قوم بيع المزايدة وإن كان الجمهور على جوازه . وسبب

الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهى على الكراهة أو على الحظر ، ثم إذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الأحوال ، أو فى حالة دون حالة ؟ .

(فصل) وأما نهيه عن تلقى الركبان للبيع ، فاختلفوا فى مفهوم النهى ما هو ، فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة ، دون أهل الأسواق ، ورأى أنه لايجوز أن يشترى أحد سلعة حتى تدخل السوق ، هذا إذا كان التلقى قريبا ، فإن كان بعيدا فلا بأس به ، وحد القرب فى المذهب بنحو من ستة أميال ، ورأى أنه إذا وقع جاز ، ولكن يشرك المشترى أهل الأسواق فى تلك السلعة التى من شأنها أن يكون ذلك سوقها . وأما الشافعى فقال إن المقصود بالنهى إنما هو لأجل البائع لئلا يغبنه المتلقى ، لأن البائع يجهل سعر البلد ، وكان يقول : إذا وقع فرب السلعة بالخيار إن شاء أنفذ البيع أو رده . ومذهب الشافعى هو نص فى حديث أبى هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا تَتَلَقَّوُا الجَلَبَ ، فمَنْ تَلَقَّى مِنْهُ شَيْئاً فاشْتَرَاهُ فصَاحِبُهُ بالخِيارِ إذَا أتَى السوقَ » خرجه مسلم وغيره.

(فصل) وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للباد ، فاختلف العلماء فى معنى ذلك ، فقال قوم : لايبيع أهل الحضر لأهل البادية قولا واحدا . واختلف عنه فى شراء الحضرى للبدوى ، فمرة أجازه ، وبه قال ابن حبيب ؛ ومرة منعه ، وأهل الحضر عنده هم الأمصار ؛ وقد قيل عنه إنه لايجوز أن يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين ، وبمثل قول مالك قال الشافعى والأوزاعى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لابأس أن يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر ، وكرهه مالك ، أعنى أن يخبر الحضرى البادى بالسعر ، وأجازه الأوزاعى . والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو إرفاق أهل الحضر ، لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة ، وهى عندهم أرخص ، بل أكثر ما يكون مجانا عندهم : أى بغير ثمن ؛ فكأنهم رأوا أنه يكره أن ينصح الحضرى للبدوى ، وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام « الدِّينُ النَّصِيحَةُ » وبهذا تمسك فى جوازه أبو حنيفة . وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

« لا يَبِعْ حاضِرٌ لِبادٍ ذَرُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللهُ بَعْضَهُمْ مِن بَعضٍ » وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب ، والأشبه أن يكون من باب غبن البدوى لأنه يرد والسعر مجهول عنده ، إلا أن تثبت هذه الزيادة ، ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعى وجاء فى الحديث الثابت . واختلفوا إذا وقع فقال الشافعى : إذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » واختلف فى هذا المعنى أصحاب مالك ؛ فقال بعضهم : يفسخ ، وقال بعضهم : لايفسخ .

(فصل) وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش ، فاتفق العلماء على منع ذلك ، وأن النجش هو أن يزيد أحد فى سلعة وليس فى نفسه شراؤها ، يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشترى ؛ واختلفوا إذا وقع هذا البيع ، فقال أهل الظاهر : هو فاسد ؛ وقال مالك : هو كالعيب والمشترى بالخيار ، إن شاء أن يرد رد ، وإن شاء أن يمسك أمسك ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : إن وقع أثم وجاز البيع . وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وإن كان النهى ليس فى نفس الشىء بل من خارج ؛ فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ؛ ومن قال ليس يتضمن أجازه . والجمهور على أن النهى إذا ورد لمعنى فى المنهى عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر ، وإذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد . ويشبه أن يدخل فى هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام فى بعض ألفاظه « إنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ » وقال أبو بكر بن المنذر : ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء ، ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ » وقال : لايمنع وهو بئر ولا بيع ماء . واختلف العلماء فى تأويل هذا النهى ، فحمله جماعة من العلماء على عمومه ، فقالوا : لايحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين فى أرض مملكة أو غير مملكة ، غير أنه إن كان متملكا كان أحق بمقدار حاجته منه ، وبه قال يحيى بن يحيى قال : أربع لاأرى أن يمنعن : الماء ، والنار ، والحطب ، والكلأ . وبعضهم خصص هذه الأحاديث بعارضة الأصول لها ، وهو أنه لايحل مال أحد إلا بطيب نفس منه كما قال

عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الإجماع ، والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا فى جهة تخصيصه ، فقال قوم : معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما ، فيروى زرع أحدهما فى بعض يومه ، ولا يروى فى اليوم الذى لشريكه زرعه ، فيجب عليه أن لايمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم . وقال بعضهم : إنما تأويل ذلك فى الذى يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بئره ، والتأويلان قريبان ، ووجه التأويلين أنهم حملوا المطلق فى هذين الحديثين على المقيد وذلك أنه نهى عن بيع الماء مطلقا ، ثم نهى عن منع فضل الماء ، فحملوا المطلق فى هذا الحديث على المقيد وقالوا : الفضل هو الممنوع فى الحديثين . وأما مالك فأصل مذهبه أن الماء متى كان فى أرض متملكة منبعه فهو لصاحب الأرض له بيعه ومنعه ، إلا أن يرد عليه قوم لاثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك ، وحمل الحديث على آبار الصحراء التى تتخذ فى الأرضين الغير متملكة ، فرأى أن صاحبها : أعنى الذى حفرها أولى بها ، فإذا روت ماشيته ترك الفضل للناس ؛ وكأنه رأى أن البئر لاتتملك بالإحياء . ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها ، وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة فى المبيع بين الأم وولدها ، لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِها فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيامَةِ » واختلفوا من ذلك فى موضعين فى وقت جواز التفرقة وفى حكم البيع إذا وقع . فأما حكم البيع فقال مالك : يفسخ ، وقال الشافعى وأبو حنيفة : لايفسخ وأثم البائع والمشترى . وسبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى إذا كان لعلة من خارج . وأما الوقت الذى ينتقل فيه المنع إلى الجواز ؛ فقال مالك : حد ذلك الإثغار ؛ وقال الشافعى : حد ذلك سبع سنين أو ثمان ؛ وقال الأوزاعى : حده فوق عشر سنين ، وذلك أنه إذا نفع نفسه واستغنى فى حياته عن أمه . ويلحق بهذا الباب إذا وقع فى البيع غبن لايتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا ؟ فالمشهور فى المذهب أن لايفسخ . وقال عبد الوهاب : إذا كان فوق الثلث رد ، وحكاه عن بعض أصحاب مالك ؛ ولجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب إذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن ، وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له

أنه يغبن فى البيوع ، ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد فى ذلك حكم الوالدة ، وقوم رأوا ذلك فى الإخوة .

الباب السادس فى النهى من قبل وقت العبادات

وذلك إنما ورد فى الشرع فى وقت وجوب المشى إلى الجمعة فقط لقوله تعالى ـ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ـ وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب ، أعنى منع البيع عند الأذان الذى يكون بعد الزوال والإمام على المنبر . واختلفوا فى حكمه إذا وقع هل يفسخ أو لايفسخ ؟ ، فإن فسخ فعلى من يفسخ ؟ وهل يلحق سائر العقود فى هذا المعنى بالبيع أم لايلحق ؟ فالمشهور عن مالك أنه يفسخ ، وقد قيل لايفسخ ، وهذا مذهب الشافعى وأبى حنيفة . وسبب الخلاف كما قلنا غير ما مرة هل النهى الوارد لسبب من خارج يقتضى فساد المنهى عنه أو لايقتضيه ؟ وأما على من يفسخ ؟ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لاعلى من لاتجب عليه . وأما أهل الظاهر فلتقتضى أصولهم أن يفسخ على كل بائع . وأما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع ، لأن فيها المعنى الذى فى البيع من الشغل به عن السعى إلى الجمعة ، ويحتمل أن لايلحق به لأنها تقع فى هذا الوقت نادرا بخلاف البيوع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت ، فإذا فات فعلى جهة الحظر ، وإن كان لم يقل به أحد فى مبلغ علمى ، ولذلك مدح الله تاركى البيوع لمكان الصلاة ، فقال تعالى ـ رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَإِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ .

وإذ قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر إلى ذكر الأسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثانى من النظر العام فى البيوع .

(القسم الثانى) والأسباب والشروط المصححة للبيع هى بالجملة ضد الأسباب المفسدة له ، وهى منحصرة فى ثلاثة أجناس : النظر الأول : فى العقد . والثانى : فى المعقود عليه . والثالث : فى العاقدين ، ففى هذا القسم ثلاثة أبواب .

الباب الأول فى العقد

والعقد لايصح إلا بألفاظ البيع والشراء التى صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع : قد بعت منك ، ويقول المشترى : قد اشتريت منك ، وإذا قال له بعنى سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها . فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم إلا أن يأتى فى ذلك بعذر ، وعند الشافعى أنه لايتم البيع حتى يقول المشترى قد اشتريت ، وكذلك إذا قال المشترى للبائع : بكم تبيع سلعتك ؟ فيقول المشترى بكذا وكذا ، فقال : قد اشتريت منك . اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك ، وعند الشافعى أنه يقع البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية ، ولا أذكر لمالك فى ذلك قولا ، ولا يكفى عند الشافعى المعاطاة دون قول ، ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين فى اللزوم لايتراخى أحدهما عن الثانى حتى يفترق المجلس ، أعنى أنه متى قال البائع قد بعت سلعتى بكذا وكذا فسكت المشترى ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال : قد قبلت أنه لايلزم ذلك البائع . واختلفوا متى يكون اللزوم . فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة : إن البيع يلزم فى المجلس بالقول وإن لم يفترقا؛ وقال الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم : البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفترقا، فليس يلزم البيع ولا ينعقد ، وهو قول ابن أبى ذئب فى طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضى وشريح القاضى وجماعة من التابعين وغيرهم ، وهو مروى عن ابن عمر وأبى برزة الأسلمى من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المُتَبَايِعانِ كُلٌّ واحِدٍ مِنْهُما بالخِيارِ على صَاحِبِهِ ما لَمْ يَفْتَرِقا إلاّ بيعَ الخيارِ » ، وفى بعض روايات هذا الحديث « إلاّ أنْ يَقُولَ أحَدُهُما لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ » وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم وإن كان من طريق الآحاد . وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم فى رد العمل بهذا الحديث . فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله فى رد العمل به أنه

لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال : « أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادّان » فكأنه حمل هذا على عمومه ، وذلك يقتضى أن يكون فى المجلس وبعد المجلس ، ولو كان المجلس شَرْطاً فى انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبيين حكم الاختلاف فى المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل الافتراق من المجلس ، وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لايعارضه إلا مع توهم العموم فيه ، والأولى أن ينبنى هذا على ذلك ، وهذا الحديث لم يخرّجه أحد مسندا فيما أحسب . فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله فى ترك العمل بهذا الحديث . وأما أصحاب مالك فاعتمدوا فى ذلك على ظواهر سمعية ، وعلى القياس ، فمن أظهر الظاهر فى ذلك قوله عز وجل ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ ـ والعقد هو الإيجاب والقبول والأمر على الوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد ، لأن له عندهم أن يرجع فى البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا . وأما القياس فإنهم قالوا : عقد معاوضة ، فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد ، فلما قيل لهم إن الظواهر التى تحتجون بها يخصصها الحديث المذكور ، فلم يبق لكم فى مقابلة الحديث إلا القياس ، فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الأثر ، وذلك مذهب مهجور عند المالكية ، وإن كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبى حنيفة ، فأجابوا عن ذلك بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره . قالوا : وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين . قالوا : ولنا فيه تأويلان : أحدهما أن المتبايعين فى الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع ، فقيل لهم إنه يكون الحديث على هذا لافائدة فيه لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذ لم يقع بينهما عقد بالقول . وأما التأويل الآخر فقالوا إن التفرق ههنا إنما هو كناية عن الافتراق بالقول لاالتفرق بالأبدان كما قال الله تعالى ـ وإنْ يَتَفَرَّقا يُغْنِ اللهُ كُلاً مِنْ سعَتِه ـ والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لاحقيقة ، والحقيقة هى التفرق بالأبدان ، ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الأقوى ، والحكمة فى ذلك هى لموضع الندم ، فهذه هى أصول الركن الأول الذى هو العقد .

(وأما الركن الثانى) الذى هو المعقود عليه ، فإنه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا ، وقد تقدم المختلف فى هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف فى ذلك ، فلا معنى لتكراره . والغرر ينتفى عن الشىء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه ، وذلك فى الطرفين الثمن والمثمون معلوم الأجل أيضا إن كان بيعا مؤجلا .

(وأما الركن الثالث) وهما العاقدان ، فإنه يشترط فيهما أن يكونا مالكين تامى الملك أو وكيلين تامى الوكالة بالغين ، وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما ، إما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد إلا أن يكون العبد مأذونا له فى التجارة . واختلفوا من هذا فى بيع الفضولى ، هل ينعقد أم لا ؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع ، وإن لم يرض فسخ ، وكذلك فى شراء الرجل للرجل بغير إذنه ، على أنه إن رضى المشترى صح الشراء وإلا لم يصح ، فمنعه الشافعى فى الوجهين جميعا ، وأجازه مالك فى الوجهين جميعا ؛ وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال : يجوز فى البيع ولا يجوز فى الشراء . وعمدة المالكية ما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البارقى دينار وقال : اشْتَرِ لَنَا مِنْ هَذَا الجَلَبِ شاةً ، قال : فاشتريت شاتين بدينار وبعت إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار ، فقلت : يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم ، فقال : اللَّهُمَّ بارِكْ لَهُ فى صَفْقَةِ يَمِينِهِ » ووجه الاستدلال منه أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمره فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبى حنيفة فى صحة الشراء للغير ، وعلى الشافعى فى الأمرين جميعا . وعمدة الشافعى النهى الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده ، المالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا : والدليل على ذلك أن النهى نما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده . وسبب الخلاف المسئلة المشهورة ، هل إذا ورد النهى على سبب حمل على سببه أو يعم ؟ فهذه هى أصول هذا القسم ، وبالجملة فالنظر فى هذا القسم هو منطو بالقوة فى الجزء الأول ، ولكن النظر الصناعى الفقهى يقتضى أن يفرد بالتكلم فيه . وإذ قد تكلمنا فى هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر إلى القسم الثالث ، وهو القول فى الأحكام العامة للبيوع الصحيحة .

(القسم الثالث : فى الأحكام العامة للبيوع الصحيحة) وهذا القسم تنحصر أصوله التى لها تعلق قريب بالمسموع فى أربع جمل : الجملة الأولى : فى أحكام وجود العيب فى المبيعات . والجملة الثانية : فى الضمان فى المبيعات متى ينتقل من ملك البائع إلى ملك المشترى. والثالثة : فى معرفة الأشياء التى تتبع المبيع مما هى موجودة فيه فى حين البيع من التى لاتتبعه . والرابعة : فى اختلاف المتبايعين ، وإن كان الأليق به كتاب الأقضية . وكذلك أيضا من أبواب أحكام البيوع الاستحقاق ، وكذلك الشفعة هى أيضا من الأحكام الطارئة عليه ، لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب .

(الجملة الأولى) وهذه الجملة فيها بابان : الباب الأول : فى أحكام وجود العيوب فى البيع المطلق . والباب الثانى : فى أحكامهما فى البيع بشرط البراءة .

الباب الأول فى أحكام العيوب فى البيع المطلق

والأصل فى وجود الرد بالعيب قوله تعالى ـ إلاّ أنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ـ وحديث المصرّاة المشهور ، ولما كان القائم بالغبن لايخلو أن يقوم فى عقد يوجب الرد ، أو يقوم فى عقد لايوجب ذلك ، ثم إذا قام فى عقد يوجب الرد ، فلا يخلو أيضا أن يقوم بعيب يوجب حكما أو لايوجبه ، ثم إن قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع أيضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أو لايكون ، فإن كان لم يحدث فما حكمه ؟ وإن كان حدث فيه فكم أصناف التغييرات وما حكمها ؟ كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة : الفصل الأول : فى معرفة العقود التى يجب فيها بوجود العيب حكم ، من التى لايجب ذلك فيها . الثانى : فى معرفة العيوب التى توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها . الثالث : فى معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير . الرابع : فى معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشترى وحكمها . الخامس : فى القضاء فى هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين ، وإن كان أليق بكتاب الأقضية .

الفصل الأول

في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لايجب فيها

أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف ، فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة ، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لاخلاف أيضا في أنه لاتأثير للعيب فيها ، كالهبات لغير الثواب والصدقة ؛ وأما ما بين هذين الصنفين من العقود . أعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب ، فالأظهر في المذهب أنه لاحكم فيها بوجود العيب ، وقد قيل يحكم به إذا كان العيب مفسدا .

الفصل الثاني

في معرفة العيوب التي توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها

وفي هذا الفصل نظران : أحدهما : في العيوب التي توجب الحكم . والنظر الثاني في الشرط الموجب له .

(النظر الأول) فأما العيوب التي توجب الحكم : فمنها عيوب في النفس ؛ ومنها عيوب في البدن ، وهذه منها ما هي عيوب بأن تشترط أضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوبا من قبل الشرط ؛ ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وإن لم يشترط وجود أضدادها في المبيع : وهذه هي التي فقدها نقص في أصل الخلقة ؛ وأما العيوب الأخر فهي التي أضدادها كمالات ، وليس فقدها نقصا مثل الصنائع ، وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس ، وقد يوجد في أحوال الجسم . والعيوب الجسمانية ، منها ما هي في أجسام ذوات الأنفس ، ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس . والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع : وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص ، فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع ، كالخفاض في الإماء ، والختان في العبيد ؛ ولتقارب هذه المعاني في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ، ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين

الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك فى نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذى يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا عمن تقدمه ، أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره ، فمن ذلك وجود الزنى فى العبيد . اختلف العلماء فيه ؛ فقال مالك والشافعى : هو عيب ؛ وقال أبو حنيفة : ليس بعيب وهو نقص فى الخلق الشرعى الذى هو العفة ؛ والزواج عند مالك عيب ، وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال ، وكذلك الدين ، وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون فى الشىء وقد يكون من خارج ؛ وقال الشافعى : ليس الدين ولا الزواج بعيب فيما أحسب . والحمل فى الرائعة عيب عند مالك . وفى كونه عيبا فى الوخش خلاف فى المذهب . والتصرية عند مالك والشافعى عيب وهو حقن اللبن فى الثدى أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير ، وحجتهم حديث المصرّاة المشهور ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا تُصَرُّوا الإِبِلَ والبَقَرَ ، فمَنْ فعَلَ ذلكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ إنْ شاءَ أَمْسَكَهَا وإنْ شاءَ رَدَّها وصَاعا مِنْ تَمْرٍ » قالوا : فأثبت له الخيار بالرد مع التصرية ، وذلك دالّ على كونه عيبا مؤثرا . قالوا : وأيضا فإنه مدلِّس ، فأشبه التدليس بسائر العيوب . وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا أن ذلك ليس بعيب . قالوا : وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقته الأصول ، وذلك أنه مفارق للأصول من وجوه : فمنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام « الخَرَاجُ بالضَّمانِ » وهو أصل متفق عليه ؛ ومنها أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة ، وذلك لا يجوز باتفاق ؛ ومنها أن الأصل فى المتلفات إما القيم وإما المثل ، وإعطاء صاع من تمر فى لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول : أى الجزاف بالمكيل المعلوم ، لأن اللبن الذى دلّس به البائع غير معلوم القدر ، وأيضا فإنه يقل ويكثر ، والعوض ههنا محدود ، ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث ، وهذا كأنه ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص . ولكن اطرد إليه القول فلنرجع إلى حيث كنا فنقول : إنه لا خلاف عندهم فى العور والعمى وقطع اليد والرجل أنها عيوب مؤثرة ، وكذلك المرض فى أى عضو كان ، أو كان فى جملة

البدن ، والشيب فى المذهب عيب فى الرائعة ، وقيل لابأس باليسير منه فيها ، وكذلك الاستحاضة عيب فى الرقيق والوخش ، وكذلك ارتفاع الحيض عيب فى المشهور من المذهب ، والزّعَر عيب ، وأمراض الحواس والأعضاء كلها عيب باتفاق . وبالجملة فأصل المذهب أن كل ما أثر فى القيمة : أعنى نقص منها فهو عيب ، والبول فى الفراش عيب ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبوحنيفة : تردّ الجارية به ، ولا يرد العبد به ، والتأنيث فى الذكر والتذكير فى الأنثى عيب هذا كله فى المذهب إلا ما ذكرنا فيه الاختلاف .

(النظر الثانى) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو فى العهدة عند من يقول بها ، فيجب ههنا أن نذكر اختلاف الفقهاء فى العهدة فنقول : انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار ، وسلفه فى ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ، ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع ، وهى عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام ، وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشترى . وعهدة السنة ، وهى من العيوب الثلاثة : الجذام والبرص والجنون ، فما حدث فى السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع ، وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الأصل . وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى إلا من الأدواء الثلاثة ، وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق ، وهى أيضا واقعة فى أصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعا لا فى الذمة ، هذا ما لاخلاف فيه فى المذهب ، واختلف فى غير ذلك . وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث فى الأشهر من المذهب ، وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث إن كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث . وعهدة السنة لاتتداخل مع عهدة الاستبراء ، هذا هو الظاهر من المذهب ، وفيه اختلاف . وقال الفقهاء السبعة : لايتداخل منها عهدة مع ثانية ، فعهدة الاستبراء أولا ، ثم عهدة الثلاث ، ثم عهدة السنة . واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة فى كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها ؟ فروى عنه الوجهان ، فإذا قيل لايلزم أهل هذه البلد إلا أن يكونوا قد

حملوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا ؟ فيه قولان في المذهب ، ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وإن اشترط ، ويلزم في عهدة السنة ؛ والعلة في ذلك أنه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع ، فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة العهدة ، فلنرجع إلى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين . وأما عمدة مالك رحمه الله في العهدة وحجته التي عوّل عليها ، فهي عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فإنهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة ابن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلاثَةُ أَيَّامٍ » وروى أيضا « لا عُهْدَةَ بَعْدَ أَرْبَعٍ » وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزارى رضى الله عنه ، وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول ، فإنهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة ، وإن كان الترمذى قد صححه وأما سائر فقهاء الأمصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ، ورأوا أنها لو صحت مخالفة للأصول ، وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهى من المشترى ، فالتخصيص لمثل هذا الأصل المتقرر إنما يكون بسماع ثابت ، ولهذا ضعف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضى بها في كل بلد إلا أن يكون ذلك عرفا في البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة ، فإنه لم يأت في ذلك أثر . وروى الشافعى عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال : ما علمت فيها أمرا سالفا . وإذ قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكما من التي لا توجبه وتقرر الشرط في ذلك ، وهو أن يكون العيب حادثا قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة ، فلنصر إلى ما بقى.

الفصل الثالث

في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير

وإذا وجدت العيوب ، فإن لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشترى فلا يخلو أن يكون في عقار أو عروض أو في حيوان ، فإن كان في حيوان فلا خلاف أن المشترى مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما إن كان عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول : إن

كان العيب يسيرا لم يجب الرد ، ووجبت قيمة العيب وهو الأرش ، وإن كان كثيرا وجب الرد ، هذا هو الموجود المشهور فى كتب أصحابه ، ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل . وأما العروض فالمشهور فى المذهب أنها ليست فى هذا الحكم بمنزلة الأصول ، وقد قيل إنها بمنزلة الأصول فى المذهب ، وهذا الذى كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدى رحمة الله عليهما ، وكان يقول : إنه لافرق فى هذا المعنى بين الأصول والعروض ، وهذا الذى قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل فى الأصول : أعنى أن يفرق فى ذلك أيضا فى العروض ، والأصل أن كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد ، وهو الذى عليه فقهاء الأمصار ، ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التى قلت فى الأصول ، ولم يختلف قولهم فى الحيوان إنه لافرق فيه بين العيب القليل والكثير .

(فصل) وإذ قد قلنا إن المشترى يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شىء له ، فإن اتفقا على أن يمسك المشترى سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب ، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك ، إلا ابن سريج من أصحاب الشافعى فإنه قال : ليس لهما ذلك لأنه خيار فى مال ، فلم يكن له إسقاطه بعوض كخيار الشفعة . قال القاضى عبد الوهاب : وهذا غلط ، لأن ذلك حق للمشترى فله أن يستوفيه : أعنى أن يرد ويرجع بالثمن ، وله أن يعاوض على تركه ، وما ذكره من خيار الشفعة فإنه شاهد لنا ، فإن له عندنا تركه إلى عوض يأخذه ، وهذا لاخلاف فيه . وفى هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض : أحدهما هل إذا اشترى المشترى أنواعا من المبيعات فى صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا ، فهل يرجع بالجميع ، أو بالذى وجد فيه العيب ؟ فقال قوم : ليس له إلا أن يرد الجميع أو يمسك ، وبه قال أبو ثور والأوزاعى ، إلا أن يكون قد سمى ما لكل واحد من تلك الأنواع من القيمة ، فإن هذا مما لاخلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط ، وإنما الخلاف إذا لم يسم . وقال قوم : يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير ، وممن قال بهذا القول سفيان الثورى وغيره . وروى عن الشافعى القولان معا . وفرق مالك فقال : ينظر فى المعيب ، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع ، وإن لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته . وفرق أبو حنيفة تفريقا آخر وقال : إن وجد العيب قبل القبض رد

الجميع ، وإن وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن . ففى هذه المسئلة أربعة أقوال : فحجة من منع التبعيض فى الرد أن المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشترى والبائع ، وكذلك الذى يبقى إنما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها : ويمكن أنه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التى أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد فى البعض المعيب ولا بد فلأنه موضع ضرورة ، فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على أن ما فات فى البيع فليس فيه إلا القيمة . وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه ، لأنه رأى أن ذلك المعيب إذا لم يكن مقصودا فى المبيع فليس كبير ضرر فى أن لايوافق الثمن الذى أقيم به أراده المشترى أو البائع . وأما عند ما يكون مقصودا أوجل المبيع فيعظم الضرر فى ذلك . واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب فى قيمة الجميع أو فى قيمة المعيب خاصة . وأما تفريق أبى حنيفة بين أن يقبض أو لايقبض ، فإن القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ، وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع ، وحكم الاستحقاق فى هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

(وأما المسئلة الثانية) فإنهم اختلفوا أيضا فى رجلين يبتاعان شيئا واحدا فى صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر ، فقال الشافعى : لمن أراد الرد أن يرد ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك ، وقيل ليس له أن يرد ؛ فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين ، لأنه قد اجتمع فيها عاقدان ؛ ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشترى فيها تبعيض رد المبيع بالعيب .

الفصل الرابع

فى معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشترى وحكمها

وأما إن تغير المبيع عند المشترى ولم يعلم بالعيب إلا بعد تغير المبيع عنده فالحكم فى ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب التغير . فأما إن تغير بموت أو فساد أو عتق ، ففقهاء الأمصار على أنه فوت ، ويرجع المشترى على البائع بقيمة العيب . وقال عطاء بن أبى رباح : لايرجع فى الموت والعتق بشىء . وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها . وكذلك التدبير عندهم ، وهو

القياس فى الكتابة . وأما تغيره فى البيع فإنهم اختلفوا فيه ، فقال أبو حنيفة والشافعى : إذا باعه لم يرجع بشىء ، وكذلك قال الليث . وأما مالك فله فى البيع تفصيل ، وذلك أنه لايخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ، ولا يخلو أيضا أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر ، فإن باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب . وإن باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب ، وإن باعه بأكثر من الثمن نظر ، فان كان البائع الأول مدلسا : أى عالما بالعيب لم يرجع الأول على الثانى بشىء ، وإن لم يكن مدلسا رجع الأول على الثانى فى الثمن والثانى على الأول أيضا ، وينفسخ البيعان ويعود المبيع إلى مالك الأول ، فإن باعه من عند بائعه منه ، فقال ابن القاسم : لارجوع له بقيمة العيب ، مثل قول أبى حنيفة والشافعى ؛ وقال ابن عبد الحكم : له الرجوع بقيمة العيب ؛ وقال أشهب : يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن ، هذا إذا باعه بأقل مما اشتراه ، وعلى هذا لايرجع إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر ، وبه قال عثمان البتى . ووجه قول ابن القاسم والشافعى وأبى حنيفة أنه إذا فات بالبيع فقد أخذ عوضا من غير أن يعتبر تأثير بالعيب فى ذلك العوض الذى هو الثمن ، ولذلك متى قام عليه المشترى منه بعيب رجع على البائع الأول بلا خلاف . ووجه القول الثانى تشبيهه البيع بالعتق . ووجه قول عثمان وأشهب أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له إلا الإمساك أو الرد للجميع ، فإذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن ، فليس له إلا ما نقص إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب . وقال مالك : إن وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب ؛ وقال أبو حنيفة لا يرجع ، لأن هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للأجر ، فيكون رضاه بإسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقاس الهبة على العتق ، وقد كان القياس أن لا يرجع فى شىء من ذلك إذا فات ولم يمكنه الرد ، لأن إجماعهم على أنه إذا كان فى يده فليس يجب له إلا الرد أو الإمساك ، دليل على أنه ليس للعيب تأثير فى إسقاط شىء من الثمن ، وإنما له تأثير فى فسخ البيع فقط . وأما العقود التى يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والإجارة فاختلف فى ذلك أصحاب مالك ، فقال ابن القاسم : لايمنع ذلك من

الرد بالعيب إذا رجع إليه المبيع ؛ وقال أشهب : إذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيدا كان له الرد بالعيب ، وقول ابن القاسم أولى ، والهبة للثواب عند مالك كالبيع فى أنها فوت ، فهذه هى الأحوال التى تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

باب فى طرو النقصان

وأما إن طرأ على المبيع نقص فلا يخلو أن يكون النقص فى قيمته أو فى البدن أو فى النفس. فأما نقصان القيمة لاختلاف الأسواق ، فغير مؤثر فى الرد بالعيب بإجماع . وأما النقصان الحادث فى البدن، فإن كان يسيرا غير مؤثر فى القيمة فلا تأثير له فى الرد بالعيب ، وحكمه حكم الذى لم يحدث ، وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث فى البدن المؤثر فى القيمة ، فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال: أحدها أنه ليس له أن يرجع إلا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك إذا أبى البائع من الرد ، وبه قال الشافعى فى قوله الجديد وأبو حنيفة . وقال الثورى : ليس له إلا أن يرد ، ويرد مقدار العيب الذى حدث عنده ، وهو قول الشافعى الأول . والقول الثالث قول مالك : إن المشترى بالخيار بين أن يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذى حدث عنده ، وأنه إذا اختلف البائع والمشترى ، فقال البائع للمشترى : أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك ، وقال المشترى : بل أنا أمسك المبيع ، وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك ، فالقول قول المشترى والخيار له ، وقد قيل فى المذهب القول قول البائع ، وهذا إنما يصح على قول من يرى أنه ليس للمشترى إلا أن يمسك أو يرد وما نقص عنده . وشذ أبو محمد بن حزم فقال : له أن يرد ولا شىء عليه . وأما حجة من قال : إنه ليس للمشترى إلا أن يرد ويرد قيمة العيب ، أو يمسك ، فلأنه قد أجمعوا على أنه إذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشترى فليس إلا الرد ، فوجب استصحاب حال هذا الحكم ، وإن حدث عند المشترى عيب مع إعطائه قيمة العيب الذى حدث عنده . وأما من رأى أنه لا يرد المبيع بشىء وإنما له قيمة العيب الذى كان عند البائع ، فقياسا على العتق والموت

لكون هذا الأصل غير مجمع عليه ، وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشترى غلب المشترى وجعل له الخيار ، لأن البائع لايخلو من أحد أمرين : إما أن يكون مفرطا فى أنه لم يستعلم العيب ويعلم به المشترى ، أويكون علمه فدلس به على المشترى . وعند مالك أنه إذا صح أنه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير أن يدفع إليه المشترى قيمة العيب الذى حدث عنده ، فإن مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذى لم يثبت أنه دلس فيه . وأما حجة أبى محمد ، فلأنه أمر حدث من عند الله كما لو حدث فى ملك البائع ، فإن الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد فى نفسه ، وإنما انعقد فى الظاهر ، وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير فى نقصه إلا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله ، فهذا حكم العيوب الحادثة فى البدن . وأما العيوب التى فى النفس كالإباق والسرقة ، فقد قيل فى المذهب إنها تفيت الرد كعيوب الأبدان ، وقيل لا ، ولا خلاف أن العيب الحادث عند المشترى إذا ارتفع بعد حدوثه أنه لاتأثير له فى الرد إلا أن لاتؤمن عاقبته . واختلفوا من هذا الباب فى المشترى يطأ الجارية ، فقال قوم : إذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب ، وسواء كانت بكرا أو ثيبا ؛ وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : يرد قيمة الوطء فى البكر ولا يردها فى الثيب ؛ وقال قوم : بل يردها ويرد مهر مثلها ، وبه قال ابن أبى شبرمة وابن أبى ليلى ؛ وقال سفيان الثورى : إن كانت ثيبا رد نصف العشر من ثمنها ، وإن كانت بكرا رد العشر من ثمنها ؛ وقال مالك : ليس عليه فى وطء الثيب شىء لأنه غلة وجبت له بالضمان . وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشترى الخيار على ما سلف من رأيه ، وقد روى مثل هذا القول عن الشافعى ؛ وقال عثمان البتى : الوطء معتبر فى العرف فى ذلك النوع من الرقيق ، فإن كان له أثر فى القيمة رد البائع ما نقص ، وإن لم يكن له أثر لم يلزمه شىء ، فهذا هو حكم النقصان الحادث فى المبيعات . وأما الزيادة الحادثة فى المبيع : أعنى المتولدة المنفصلة منه ، فاختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعى إلى أنها غير مؤثرة فى الرد وأنها للمشترى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » . وأما مالك

فاستثنى من ذلك الولد فقال : يرد للبائع ، وليس للمشترى إلا الرد الزائد مع الأصل أو الإمساك . قال أبو حنيفة : الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب إلا الغلة والكسب . وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل فى العقد ، فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوتا يقتضى أرش العيب إلا ما نصصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة فى نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فإنها إن كانت مثل الصبغ فى الثوب والرقم فى الثوب فإنها توجب الخيار فى المذهب ، إما الإمساك والرجوع بقيمة العيب ، وإما فى الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء فى البدن مثل السِّمَن فقد قيل فى المذهب يثبت به الخيار للمشترى ، وقيل لايثبت ، وكذلك النقص الذى هو الهزال ، فهذا هو القول فى حكم التغيير .

الفصل الخامس

فى القضاء فى اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين

وأما صفة الحكم فى القضاء بهذه الأحكام فإنه إذا تقارّ البائع والمشترى على حالة من هذه الأحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال ، فإن أنكر البائع دعوى القائم ، فلا يخلو أن ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده . فإن أنكر وجود العيب بالمبيع فإن كان العيب يستوى فى إدراكه جميع الناس كفى فى ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس ، وإن كان مما يختص بعلمه أهل صناعة مّا ، شهد به أهل تلك الصناعة ، فقيل فى المذهب عدلان . وقيل لايشترط فى ذلك العدالة ولا العدد ولا الإسلام ، وكذلك الحال إن اختلفوا فى كونه مؤثرا فى القيمة ، وفى كونه أيضا قبل أمد التبايع أو بعده ، فإن لم يكن للمشترى بينة حلف البائع أنه ما حدث عنده ، وإن لم تكن له بينة [1] على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . وأما إذا وجب الأرش فوجه الحكم فى ذلك أن يقوم الشىء سليما ويقوم معيبا ويرد المشترى ما بين ذلك ، فإن وجب الخيار قوّم ثلاث تقويمات : تقويم وهو سليم ، وتقويم

(١) لعله وإن كانت له بينة .

بالعيب الحادث عند البائع ، وتقويم بالعيب الحادث عند المشترى ، فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة ، وإن أبى المشترى الرد وأحب الإمساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

الباب الثانى فى بيع البراءة

اختلف العلماء فى جواز هذا البيع . وصورته أن يشترط البائع على المشترى التزام كل عيب يجده فى المبيع على العموم ، فقال أبوحنيفة : يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه ، سماه أو لم يسمه ، أبصره أو لم يبصره ، وبه قال أبو ثور . وقال الشافعى فى أشهر قوليه وهو المنصور عند أصحابه لايبرأ البائع إلا من عيب يريه للمشترى ، وبه قال الثورى . وأما مالك فالأشهر عنه أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب ، وذلك فى الرقيق خاصة ، إلا البراءة من الحمل فى الجوارى الرائعات ، فإنه لايجوز عنده لعظم الغرر فيه ، ويجوز فى الوخش . وعنه فى رواية ثانية : أنه يجوز فى الرقيق والحيوان . وفى رواية ثالثة مثل قول الشافعى . وقد روى عنه أن بيع البراءة إنما يصح من السلطان فقط ، وقيل فى بيع السلطان وبيع المواريث ، وذلك من غير أن يشترطوا البراءة . وحجة من رأى القول بالبراءة على الإطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشترى قِبَل البائع ، فإذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة . وحجة من لم يجزه على الإطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ، ومن باب الغبن والغش فيما علمه ، ولذلك اشترط جهل البائع مالك . وبالجملة فعمدة مالك ما رواه فى الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم تسمه ، فاختصما إلى عثمان ، فقال الرجل : باعنى عبدا وبه داء لم يسمه لى ؛ وقال عبد الله : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد . وروى أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة . وإنما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم فى الأكثر خافية . وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشترى ،

ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيرا كاختلاف المبيعات فى صفاتها وجب إذا اتفقا على الجهل به أن لايجوز أصله إذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة فى الثمن ، ولذلك حكى ابن القاسم فى المدونة عن مالك أن آخر قوله كان إنكار بيع البراءة إلا ما خفف فيه السلطان ، وفى قضاء الديون خاصة . وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلى أن البراءة إنما تجوز فيما كان من العيوب لايتجاوز فيها ثلث المبيع ، والبراءة بالجملة إنما تلزم عند القائلين بالشرط : أعنى إذا اشترطها إلا بيع السلطان والمواريث عند مالك فقط . فالكلام بالجملة فى بيع البراءة هو فى جوازه وفى شرط جوازه ، وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ، ولمن يجوز بالشرط أو مطلقا ، وهذه كلها قد تقدمت بالقوة فى قولنا فاعلمه .

(الجملة الثانية : فى وقت ضمان المبيعات) واختلفوا فى الوقت الذى يضمن فيه المشترى المبيع أنى تكون خسارته إن هلك منه . فقال أبو حنيفة والشافعى : لايضمن المشترى إلا بعد القبض . وأما مالك فله فى ذلك تفصيل ، وذلك أن المبيعات عنده فى هذا الباب ثلاثة أقسام : بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية ، وهو الجزاف أو ما لايوزن ولا يكال ولا يعد . فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشترى إلا بعد القبض . وأما ماليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف فى المذهب أن ضمانه من المشترى وإن لم يقبضه . وأما المبيع الغائب ، فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات : أشهرها أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع . والثانية أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع . والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات ، وبين ما هو مأمون البقاء . والخلاف فى هذه المسئلة مبنى هل على القبض شرط من شروط العقد ، أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر فى هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ؛ ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع وقد انعقد ولزم قال : العقد يدخل فى ضمان المشترى . وتفريق مالك بين الغائب والحاضر ، والذى فيه حق توفية والذى ليس فيه حق توفية استحسان ، ومعنى الاستحسان فى أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل . وذهب أهل

الظاهر إلى أن بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وفيما أحسب ، وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشترى ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى مكة قال له « انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ ما لَمْ يَقْبِضُوا وَرِبْحِ ما لَمْ يَضْمَنُوا » وقد تكلمنا فى شرط القبض فى المبيع فيما سلف ، ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشترى بعد القبض إلا فى العهدة والجوائح . وإذ قد ذكرنا العهدة فينبغى أن نذكر ههنا الجوائح .

القول فى الجوائح

اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى الثمار ، فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ، ومنعها أبو حنيفة والثورى والشافعى فى قوله الجديد والليث . فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ باعَ ثَمَراً فأَصابَتْهُ جائحةٌ فلا يأخُذْ مِنْ أخيهِ شَيْئاً ، عَلى مَاذَا يأخُذُ أحَدُكُمْ مالَ أخيهِ ؟ » خرجه مسلم عن جابر . ومارُوِى عنه أنه قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح » . فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان ، وقياس الشبه أيضا ، وذلك أنهم قالوا : إنه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية ، بدليل ماعليه من سقيه إلى أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية ، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد ، فكأنه مستثنى من النهى عن بيع ما لم يخلق ، فوجب أن يكون فى ضمانه مخالفا لسائر المبيعات . وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وأن التخلية فى هذا المبيع هو القبض . وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى ومن طريق السماع أيضا حديث أبى سعيد الخدرى قال « أجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ . فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوا ما وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إلاّ ذلكَ » قالوا : فلم يحكم

والجائحة . فسبب الخلاف فى هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيهما وتعارض مقاييس الشبه ، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الأصل عنده بالتأويل ، فقال من منع الجائحة : يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، قالوا : ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لايبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه ، وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور ، وقال من أجازها فى حديث أبى سعيد : يمكن أن يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذى أصيب من الثمر مقدارا لايلزم فيه جائحة ، أو أن يكون أصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة ، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعى فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر ، وكان يضعفه ويقول : إنه اضطرب فى ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال : إن ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ، ولاخلاف بينهم فى القضاء بالجائحة بالعطش ، وقد جعل القائلون بها اتفاقهم فى هذا حجة على إثباتها .

والكلام فى أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر فى أربعة فصول : الأول : فى معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح . الثانى فى محل الجوائح من المبيعات الثالث : فى مقدار ما يوضع منه فيه . الرابع : فى الوقت الذى توضع فيه .

الفصل الأول فى معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن ، فلا خلاف فى المذهب أنه جائحة . وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة . وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة . والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين : فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش ولم ير ما كان منه بمغافصة [1] جائحة مثل السرقة ، وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأى وجه كان ، فمن جعلها فى الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام

(١) غافصه : أخذه على غرة .

« أرأيْتَ إنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ ؟ » ومن جعلها فى أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص قال : يمكن أن يتحفظ منه .

الفصل الثانى فى محل الجوائح من المبيعات

ومحل الجوائح هى الثمار والبقول . فأما الثمار فلا خلاف فيها فى المذهب . وأما البقول ففيها خلاف ، والأشهر فيها الجائحة . وإنما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالأصل الذى هو الثمر .

الفصل الثالث فى مقدار مايوضع منه فيه

وأما المقدار الذى تجب فيه الجائحة ، أما فى الثمار فالثلث ، وأما فى البقول فقيل فى القليل والكثير ، وقيل فى الثلث ، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل وأشهب يعتبر الثلث فى القيمة ، فإذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن ، وسواء كان ثلثا فى الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فإنه إذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل ، فإن كان نوعا واحدا ليس تختلف قيمة بطونه حطّ عنه من الثمن الثلث ، وإن كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم ، أو كان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع ، فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ، ففى موضع يعتبر المكيلة فقط ، حيث تستوى القيمة فى أجزاء الثمرة وبطونها وفى موضع يعتبر أمرين جميعا حيث تختلف القيمة ، والمالكية يحتجون فى مصيرهم إلى التقدير فى وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقا بأن القليل فى هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير إذ كان معلوما أن القليل يذهب من كل ثمر ، فكأن المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق ، وأيضا فإن الجائحة التى علق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير . قالوا : وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث ، إذ قد اعتبره الشرع فى مواضع كثيرة ، وإن كان المذهب يضطرب فى هذا الأصل ، فمرة يجعل الثلث من حيز الكثير كجعله إياه ههنا ، ومرة يجعله فى حيز القليل ولم يضطرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير ، والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس

عند جمهور الفقهاء ، ولذلك قال الشافعى : لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير ، وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام « الثلث، والثلث كثير » .

الفصل الرابع فى الوقت الذى توضع فيه

وأما زمان القضاء بالجائحة ، فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان الذى يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رءوس الشجر حيث يستوفى طيبه . واختلفوا إذا أبقاه المشترى فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيئا شيئا ، فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه ، وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه ، وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة ؛ فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ؛ ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة ، أعنى من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال : بوجوب الجائحة فيه ؛ ومن لم ير الأمر فيهما واحدا قال : ليس فيه جائحة ، ومن ههنا اختلفوا فى وجوب الجوائح فى البقول .

(الجملة الثالثة من جمل النظر فى الأحكام) وهو فى تابعات المبيعات . ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان : الأولى بيع النخيل وفيها الثمر متى يتبع بيع الأصل ومتى لايتبعه ؟ فجمهور الفقهاء على أن من باع نخلا فيها ثمر قبل أن يؤبر فإن الثمر للمشترى ، وإذا كان البيع بعد الإبار فالثمر للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، والثمار كلها فى هذا المعنى فى معنى النخيل ، وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ باعَ نخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُها للبائِعِ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتاعُ » قالوا : فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الإبار علمنا بدليل الخطاب أنها للمشترى قبل الإبار بلا شرط ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هى للبائع قبل الإبار وبعده ، ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأحرى والأولى ، قالوا : وذلك أنه إذا وجبت للبائع بعد الإبار فهى أحرى أن تجب له قبل الإبار . وشبهوا خروج الثمر بالولادة ، وكما أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الأمر فى الثمر . وقال ابن أبى ليلى : سواء أبر

أو لم يؤبر إذا بيع الأصل فهو للمشترى اشترطها أو لم يشترطها ، فرد الحديث بالقياس ، لأنه رأى أن الثمر جزء من المبيع ، ولا معنى لهذا القول إلا إن كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث ، وإنما خالف مفهوم الدليل فيه . فإذاً سبب الخلاف فى هذه المسئلة بين أبى حنيفة والشافعى ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الأحرى والأولى ، وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف ، وإن كان فى الأصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبى ليلى فمعارضة القياس للسماع ، وهو كما قلنا ضعيف . والإبار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل فى طلع إناثها ، وفى سائر الشجر أن تنور وتعقد ، والتذكير فى شجر التين التى تذكر فى معنى الإبار ، وإبار الزرع مختلف فيه فى المذهب ، فروى ابن القاسم عن مالك أن إباره أن يفرك قياسا على سائر الثمر ، وهل الموجب لهذا الحكم هو الإبار أو وقت الإبار ؟ قيل الوقت ، وقيل الإبار ، وعلى هذا ينبنى الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض ، هل يتبع ما لم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه ؟ واتفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع ثمر وقد دخل وقت الإبار فلم يؤبر أن حكمه حكم المؤبر .

(المسئلة الثانية) وهى اختلافهم فى بيع مال العبد ، وذلك أنهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق ؟ على ثلاثة أقوال : أحدها أن ماله فى البيع والعتق لسيده ، وكذلك فى المكاتب ، وبه قال الشافعى والكوفيون . والثانى أن ماله تبع له فى البيع والعتق ، وهو قول داود وأبى ثور . والثالث أنه تبع له فى العتق لا فى البيع إلا أن يشترطه المشترى ، وبه قال مالك والليث . فحجة من رأى أن ماله فى البيع لسيده إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ باعَ عَبْداً وَلَهُ مالٌ فَمالُهُ للَّذى باعَهُ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتاعُ » ومن جعله لسيده فى العتق فقياسا على البيع . وحجة من رأى أنه تبع للعبد فى كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهى مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا : أعنى هل يملك العبد أو لا يملك ؟ ويشبه أن يكون هؤلاء إنما غلبوا القياس على السماع ، لأن حديثه

ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما ، لأن نافعا رواه عن ابن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فغلب القياس فى العتق والسماع فى البيع . وقال مالك فى الموطإ : الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو عرضا أو دينا . وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ أعْتَقَ غُلاما فَمَالُهُ لَهُ إلاَّ أنْ يَسْتَثْنِيَهُ سَيِّدُهُ » ويجوز عند مالك أن يشترى العبد وماله بدراهم ، وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم . وخالفه أبو حنيفة والشافعى إذا كان مال العبد نقدا ، وقالوا : العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لايجوز فيهما إلا ما يجوز فى سائر البيوع . واختلف أصحاب مالك فى اشتراط المشترى لبعض مال العبد فى صفقة البيع ، فقال ابن القاسم : لايجوز ، وقال أشهب : جائز أن يشترط بعضه ، وفرق بعضهم فقال : إن كان ما اشترى به العبد عينا وفى مال العبد عين لم يجز ذلك لأنه يدخله دراهم بعرض ودراهم ، وإن كان ما اشترى به عروضا أو لم يكن فى مال العبد دراهم جاز . ووجه قول ابن القاسم إنه لايجوز أن يشترط بعض تشبيهه بثمر النخل بعد الإبار . ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل ، وفى هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه ؛ ومن مشهور مسائلهم فى هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان فى الثمن الذى انعقد عليه البيع بعد البيع بما يرضى به المتبايعان ، أعنى أن يزيد المشترى البائع بعد البيع على الثمن الذى انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع ، هل يتبع حكم الثمن أم لا ؟ وفائدة الفرق أن من قال هى من الثمن أوجب ردها فى الاستحقاق وفى الرد بالعيب وما أشبه ذلك ، وأيضا من جعلها فى حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة البيع ، ومن لم يجعلها من الثمن : أعنى الزيادة لم يوجب شيئا من هذا ، فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال لاتثبت الزيادة فى حق الشفيع ولا فى بيع المرابحة ، بل الحكم للثمن الأول ، وبه قال مالك ؛ وقال الشافعى : لاتلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلا وهو فى حكم الهبة ، واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ـ ولا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فيما تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الفَرِيضَةِ ـ قالوا : وإذا لحقت الزيادة فى الصداق بالصداق

لحقت فى البيع بالثمن . واحتج الفريق الثانى باتفاقهم على أنها لاتلحق فى الشفعة وبالجملة من رأى أن العقد الأول قد تقرر قال : الزيادة هبة ؛ ومن رأى أنها فسخ للعقد الأول وعقد ثان عدها من الثمن .

(الجملة الرابعة) وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة ففقهاء الأمصار متفقون على أنهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون فى التفصيل ، أعنى فى الوقت الذى يحكم فيه بالأيمان والتفاسخ ، فقال أبو حنيفة وجماعة : إنهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة ، فإن فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه . وقال الشافعى ومحمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة وأشهب صاحب مالك : يتحالفان فى كل وقت . وأما مالك فعنه روايتان : إحداهما أنهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشترى . والرواية الثانية مثل قول أبى حنيفة ؛ وهى رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب ، والفوت عنده يكون بتغيير الأسواق وبزيادة المبيع ونقصانه . وقال داود وأبو ثور : القول قول المشترى على كل حال ، وكذلك قال زفر ، إلا أن يكونا اختلفا فى جنس الثمن ، فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ، ولا خلاف أنهم إذا اختلفوا فى جنس الثمن أو المثمون أن الواجب هو التحالف والتفاسخ ، وإنما صار فقهاء الأمصار إلى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف فى عدد الثمن لحديث ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أيُّمَا بَيِّعَيْنِ تَبَايعا فالقَوْلُ قَوْلُ البائِعِ أوْ يَتَرادَّانِ » فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال : يتحالفان فى كل حال ويتفاسخان ، والعلة فى ذلك عنده أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث إنما يجب أن يحمل على الحالة التى يجب أن يتساوى فيها دعوى البائع والمشترى قال : إذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهدا للمشترى وشبهة لصدقه ، واليمين إنما يجب على أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا هو أصل مالك فى الأيمان ، ولذلك يوجب فى مواضع اليمين على المدعى ، وفى مواضع على المدعى عليه ، وذلك أنه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه من حيث هو مدعى عليه ، وإنما وجبت عليه من حيث هو فى الأكثر أقوى شبهة ، فإذا كان المدعى فى مواطن أقوى شبهة وجب

أن يكون اليمين فى حيزه . وأما من رأى القول قول المشترى ، فإنه رأى أن البائع مقر للمشترى بالشراء ومدّع عليه عددا ما فى الثمن . وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لأنه منقطع ولذلك لم يخرّجه الشيخان البخارى ومسلم ، وإنما خرجه مالك . وعن مالك : إذا نكل المتبايعان عن الأيمان روايتان : إحداهما الفسخ ، والثانية أن القول قول البائع . وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف ، فالأشهر البائع على ما فى الحديث ، وهل إذا وقع التفاسخ يجوز لأحدهما أن يختار قول صاحبه ؟ فيه خلاف فى المذهب .

(القسم الرابع من النظر المشترك فى البيوع) وهو النظر فى حكم البيع الفاسد إذا وقع ، فنقول : اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أونقصان أو حوالة سوق أن حكمها الرد أعنى أن يرد البائع الثمن والمشترى المثمون . واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة ، وكذلك إذا نمت أو نقصت فقال الشافعى : ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة ملك فى البيع الفاسد وأن الواجب الرد ، وقال مالك : كل ذلك فوت يوجب القيمة إلا ما روى عنه ابن وهب فى الربا أنه ليس بموت ، ومثل ذلك قال أبو حنيفة . والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة وإلى مكروهة . فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة . وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده ، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده فى ذلك ، فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندهم فيه فوت ، ومالك يرى أن النهى فى هذه الأمور إنما هو لمكان عدم العدل فيها ، أعنى بيوع الربا والغرر ، فإذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة ، لأنه قد تقبض السلعة وهى تساوى ألفا وترد وهى تساوى خمسمائة أو بالعكس ، ولذلك يرى مالك حوالة الأسواق فوتا فى المبيع الفاسد ، ومالك يرى فى البيع والسلف أنه إذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشترى القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن ، لأن المشترى قد رفع له فى الثمن لمكان السلف فليس من العدل أن يرد أكثر من ذلك ، وإن كان المشترى هو الذى أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف ،

فإذا وجبت على المشترى القيمة ردها ما لم تكن أقل من الثمن ، لأن هذه البيوع إنما وقع المنع فيها لمكان ماجعل فيها من العوض مقابل السلف الذى هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ، ومالك فى هذه المسئلة أفقه من الجميع . واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض : أعنى شرط السلف ، هل يصح البيع أم لا ؟ فقال أبوحنيفة والشافعى وسائر العلماء: البيع مفسوخ ؛ وقال مالك وأصحابه : البيع غير مفسوخ إلا ابن عبد الحكم قال : البيع مفسوخ . وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور . وحجة الجمهور أن النهى يتضمن فساد المنهى فإذا انعقد البيع فاسدا لم يصححه بعد رفع الشرط الذى من قبله وقع الفساد ، كما أن رفع السبب المفسد فى المحسوسات بعد فساد الشىء ليس يقتضى عودة الشىء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه . وروى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة إسماعيل بن إسحاق المالكى فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر ، فلما انعقد البيع بينهما قال : أنا أدع الزق ، وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فوجب أن يكون بيع السلف كذلك ، فجاوب عن ذلك بجواب لاتقوم به حجة ، وقد تقدم القول فى ذلك . وإذ قد انقضى القول فى أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة ، وفى أصول أحكام البيوع الصحيحة ، وأصول الأحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلنصر إلى ما يخص واحدا واحدا من هذه الأربعة الأجناس ، وذلك بأن نذكر منها ما يجرى مجرى الأصول .

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان : أحدهما عدم النسيئة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الباب ينحصر فى خمسة أجناس : الأول : فى معرفة ماهو نسيئة مما ليس بنسيئة . الثانى : فى معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل ، إذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف . الثالث : فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة إلى أحد هذين أعنى الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع

وهو مالك وأصحابه ، وهذا ينقسم أيضا إلى نوعين كانقسام أصله . الخامس في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان : أعني عدم النساء والتفاضل أو كليهما ، وذلك أنه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة . وأنت إذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذي يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة إلى هذه الأجناس الخمسة ، أو إلى ما تركب منها ما عدا المسائل التي يدخلون في الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل إدخال المالكية في الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف ، لكن لما كان الفاسد منها يئول إلى أحد هذين الأصلين ، أعني إلى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها في هذا الكتاب مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض ، لكن لما كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التي هي منطوق بها في الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا أن نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجري مجرى الأصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب ، فإن هذا الكتاب إنما وضعناه ليبلغ به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ، ويكفي من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل ، وبهذه الرتبة يسمى فقيها لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون أن الأفقه هو الذي حفظ مسائل أكثر ، وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها ، وهو بين أن الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان بقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه ، فيلجأ إلى صانع الخفاف ضرورة ، وهو الذي يصنع لكل قدم خفا يوافقه ، فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت

وإذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع إلى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها .

(المسألة الأولى) أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز إلا مثلا بمثل يدا بيد ، إلا ما روي عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فإنهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط ، وإنما صار ابن عباس

لذلك لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا إلاَّ فى النَّسِيئَةِ » وهو حديث صحيح ، فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا إلا فى النسيئة . وأما الجمهور فصاروا إلى ماروواه مالك عن نافع عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاتَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، ولا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ولا تَبِيعُوا الفِضَّةَ بالفِضَّةِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، ولا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، ولا تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئًا غَائِبًا بِنَاجِزٍ » وهو من أصح ما روى فى هذا الباب . وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا فى هذا الباب ، فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث إذ كانت نصا فى ذلك . وأما حديث ابن عباس فإنه ليس بنص فى ذلك لأنه روى فيه لفظان : أحدهما أنه قال « إنَّمَا الرِّبَا فى النَّسِيئَةِ » وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما إذا عارضه النص . وأما اللفظ الآخر وهو « لاربا إلا فى النسيئة » فهو أقوى من هذا اللفظ لأن ظاهره يقتضى أن ما عدا النسيئة فليس بربا ، لكن يحتمل أن يريد بقوله « لاربا إلا فى النسيئة » من جهة أن الواقع فى الأكثر ، وإذا كان هذا محتملا والأول نص وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما . وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء فى منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الأحاديث المتقدمة فى ذلك ، إلا معاوية فإنه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة ، وإلا ما روى عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتى دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أو دراهمه ، فقال : إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو أن لايكون به بأس ، وبه قال ابن القاسم من أصحابه ، وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء . وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه فى العدد الذى يجوز فيه ذلك من الذى لايجوز على جهة المعروف .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة

وفيه حلية فضة ، أو بالذهب وفيه حلية ذهب ، فقال الشافعى : لايجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة فى بيع الفضة بالفضة فى ذلك والذهب بالذهب ، وقال مالك : إن كان قيمة مافيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز بيعه ، أعنى بالفضة إن كانت حليته فضة ، أو بالذهب إن كانت حليته ذهبا وإلا لم يجز ، وكأنه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة فى البيع وصارت كأنها هبة ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لابأس ببيع السيف المحلى بالفضة إذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى فى السيف ، وكذلك الأمر فى بيع السيف المحلى بالذهب ، لأنهم رأوا أن الفضة التى فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ، ويبقى الفضل قيمة السيف . وحجة الشافعى عموم الأحاديث والنص الوارد فى ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الأنصارى أنه قال « أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهى من المغانم تباع ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة ينزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ » خرجه مسلم . وأما معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على الإطلاق ، وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال : لاأسكن فى أرض أنت فيها لما رواه من الحديث .

(المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجزا . واختلفوا فى الزمان الذى يحد هذا المعنى ، فقال أبو حنيفة والشافعى : الصرف يقع ناجزا مالم يفترق المتصارفان تعجل أو تأخر القبض ؛ وقال مالك : إن تأخر القبض فى المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه ؛ وسبب الخلاف ترددهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « إلاَّ هاءَ وهاءَ » وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر ؛ فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس ، أعنى أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال : يجوز التأخير فى المجلس ؛ ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال : إن تأخر القبض عن العقد فى المجلس بطل الصرف لاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم فى الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار ، إلا ما حكى عن

أبى ثور أنه أجاز فيه الخيار . واختلف فى المذهب فى التأخير الذى يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما ، فمرة قيل فيه إنه مثل الذى يقع بالاختيار ، ومرة قيل إنه ليس كذلك فى تفاصيل لهم فى ذلك ليس قصدنا ذكرها فى هذا الكتاب .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا ، فأراد رده ، فقال مالك : ينتقض الصرف ، وإن كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه إلى صرف دينار ، فإن زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر ، وهكذا ما بينه وبين أن ينتهى إلى صرف دينار . قال : وإن رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء . وقال أبو حنيفة : لايبطل الصرف بالدرهم الزائف ، ويجوز تبديله إلا أن تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر ، فإن ردها بطل الصرف فى المردود . وقال الثورى : إذا رد الزيوف كان مخيرا إن شاء أبدلها أو يكون شريكا له بقدر ذلك فى الدنانير : أعنى لصاحب الدنانير . وقال أحمد : لايبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيرا . وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البدل فى الصرف ، وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة فى الصرف ليس لها تأثير ولا سيما فى البعض وهو أحسن . وعن الشافعى فى بطلان الصرف بالزيوف قولان ، فيتحصل لفقهاء الأمصار فى هذه المسئلة أربعة أقوال : قول بإبطال الصرف مطلقا عند الرد ؛ وقول بإثبات الصرف ووجوب البدل ؛ وقول بالفرق بين القليل والكثير ؛ وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكا له . وسبب الخلاف فى هذا كله : هل الغلبة على التأخير فى الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة ؟ وإن كانت مؤثرة فهل هى مؤثرة فى القليل أو فى الكثير ؟ وأما وجود النقصان فإن المذهب اضطرب فيه ، فمرة قال فيه إنه إن رضى بالنقصان جاز الصرف ، وإن طلب البدل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ، ومرة قال : يبطل الصرف وإن رضى به ، وهو ضعيف . واختلفوا أيضا إذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه ، أعنى الصرف المنعقد على التناجز ، فقيل يبطل الصرف كله ، وبه قال الشافعى ؛ وقيل يبطل منه المتأخر فقط ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف ، والقولان فى المذهب ؛ ومبنى الخلاف الخلاف فى الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها ، أو الحرام منها فقط ؟.

(المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة فى الذهب بالذهب وفى الفضة بالفضة ، وإن اختلف العدد لاتفاق الوزن ، وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة . واختلفوا فى المراطلة فى موضعين : أحدهما أن تختلف صفة الذهبين . والثانى أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضا أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب ، أو ذهبا إن كانت المراطلة بدراهم ، فذهب مالك ، أما فى الموضع الأول ، وهو أن يختلف جنس المراطل بهما فى الجودة والرداءة أنه متى راطل بأحدهما بصنف من الذهب الواحد وأخرج الآخر ذهبين ، أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ ، فإن ذلك عنده لايجوز ، وإن كان الصنف الواحد من الذهبين ، أعنى الذى أخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين اللذين أخرجهما الآخر أو أردأ منهما معا ، أو مثل أحدهما وأجود من الثانى جازت المراطلة عنده . وقال الشافعى : إذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك . وقال أبوحنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك . وعمدة مذهب مالك فى منعه ذلك الاتهام ، وهو مصير إلى القول بسدّ الذرائع ، وذلك أنه يتهم أن يكون المراطل إنما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا ، فكأنه أعطى جزءا من الوسط بأكثر منه من الأردإ ، أو بأقل منه من الأعلى ، فيتذرع من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب متفاضلا ، مثال ذلك أن إنسانا قال لآخر : خذ منى خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الأعلى ، فقال : لايجوز هذا لنا ، ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك ، وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط ، فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ، ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلى . وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود فى القيمة . وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع . وكمثل اختلافهم فى المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا فى هذا الموضع فى المصارفة التى تكون بالعدد ، أعنى إذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب . وأما اختلافهم إذا نقصت المراطلة ، فأراد أحدهما أن يزيد شيئا آخر مما فيه الربا ، أو مما لاربا فيه ، فقريب من هذا الاختلاف ، مثل أن يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب ، فينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الذى نقص ذهبه أن

يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا ، فقال مالك والشافعى والليث : إن ذلك لايجوز والمراطلة فاسدة ؛ وأجاز ذلك كله أبوحنيفة والكوفيون . وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض . وعمدة مالك التهمة فى أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا . وعمدة الشافعى عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذى بالفضل ، ومثل هذا يختلفون إذا كانت المصارفة بالعدد .

(المسئلة السادسة) واختلفوا فى الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم ، هل يجوز أن يتصارفاها وهى فى الذمة ؟ فقال مالك : ذلك جائز إذا كانا قد حلا معا ؛ وقال أبوحنيفة يجوز فى الحال وفى غير الحال ؛ وقال الشافعى والليث : لايجوز ذلك حلا أولم يحلا . وحجة من لم يجزه أنه غائب بغائب ، وإذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لايجوز غائب بغائب . وأما مالك فأقام حلول الأجلين فى ذلك مقام الناجز بالناجز ، وإنما اشترط أن يكونا حالين معا ، لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين . وبقول الشافعى قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك ؛ وقريب من هذا اختلافهم فى جواز الصرف على ما ليس عندهما إذا دفعه أحدهما إلى صاحبه قبل الافتراق مثل أن يستقرضاه فى المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فأجاز ذلك الشافعى وأبوحنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد ، أعنى إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط . وقال زفر : لايجوز ذلك إلا أن يكون من طرف واحد . ومن هذا الباب اختلافهم فى الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل هل يأخذ فيها إذا حل الأجل ذهبا أو بالعكس ؟ فذهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق ، وبه قال أبوحنيفة إلا أنه أجاز ذلك وإن لم يحل الأجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء ، سواء كان الأجل حالا أو لم يكن ، وهو قول ابن عباس وابن مسعود . وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال « كنت أبيع الإبل بالبقيع ، أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: لابأسَ بذلكَ إذَا كانَ بِسِعْرِ يَوْمِهِ » خرّجه أبوداود . وحجة من لم يجزه ما جاء فى حديث أبى سعيد وغيره « ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » .

(المسئلة السابعة) اختلف فى البيع والصرف فى مذهب مالك فقال : إنه لايجوز إلا أن يكون أحدهما الأكثر والآخر تبع لصاحبه ، وسواء كان الصرف فى دينار واحد أو فى دنانير ؛ وقيل إن كان الصرف فى دينار واحد جاز كيفما وقع ، وإن كان فى أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر فى الجواز ، فإن كانا معا مقصودين لم يجز ، وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود ، لأنه ليس فى ذلك ما يؤدى إلى ربا ولا إلى غرر .

كتاب السلم

وفى هذا الكتاب ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى محله وشروطه . الباب الثانى فيما يجوز أن يقتضى من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ، وما يعرض فى ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير . الباب الثالث : فى اختلافهم فى السلم .

الباب الأول فى محله وشروطه

أما محله ، فإنهم أجمعوا على جوازه فى كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال « قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يُسْلمون فى التمر السنتين والثلاث ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مَنْ أسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فى ثَمَنٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إلى أجَلٍ مَعْلُومٍ » واتفقوا على امتناعه فيما لايثبت فى الذمة ، وهى الدور والعقار . وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها ، فمنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا إلى ظاهر هذا الحديث . والجمهور على أنه جائز فى العروض التى تنضبط بالصفة والعدد . واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لاينضبط بالصفة ، فمن ذلك الحيوان والرقيق ، فذهب مالك والشافعى والأوزاعى والليث إلى أن السلم فيهما جائز ، وهو قول ابن عمر من الصحابة . وقال أبوحنيفة والثورى وأهل العراق : لايجوز السلم فى الحيوان ، وهو قول ابن مسعود ؛ وعن عمر فى ذلك قولان . وعمدة أهل العراق فى ذلك ما روى عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف فى الحيوان » وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول . وربما احتجوا أيضا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان

تسيئة . وعمدة من أجاز السلم فى الحيوان ما روى عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا ، فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة ، فأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة » وحديث أبى رافع أيضا « أن النبى صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا » قالوا : وهذا كله يدل على ثبوته فى الذمة . فسبب اختلافهم شيئان : أحدهما تعارض الآثار فى هذا المعنى. والثانى تردد الحيوان بين أن يُضبط بالصفة أو لا يضبط ، فمن نظر إلى تباين الحيوان فى الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال : لا تنضبط ؛ ومن نظر إلى تشابهها قال : تنضبط . ومنها اختلافهم فى البيض والدرّ وغير ذلك ، فلم يجز أبو حنيفة السلم فى البيض، وأجازه مالك بالعدد ، وكذلك فى اللحم أجازه مالك والشافعى ، ومنعه أبو حنيفة ؛ وكذلك السلم فى الرءوس والأكارع ، أجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة . واختلف فى ذلك قول أبى حنيفة والشافعى ؛ وكذلك السلم فى الدر والفصوص ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعى ، وقصدنا من هذه المسائل إنما هو الأصول الضابطة للشريعة لا لإحصاء الفروع ، لأن ذلك غير منحصر .

(وأما شروطه) فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها ، فأما المجمع عليها فهى ستة : منها أن يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء ، وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء ، وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله ، وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة ، وإما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعى فى علة النساء . ومنها أن يكون مقدرا إما بالكيل أو بالوزن أو بالعدد إن كان مما شأنه أن يلحقه التقدير ، أو منضبطا بالصفة إن كان مما المقصود منه الصفة . ومنها أن يكون موجودا عند حلول الأجل . ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا ، لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ ، هذا فى الجملة . واشترطوا فى اشتراط اليومين والثلاثة فى تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أن لا يجوز فى المدة الكثيرة ولا مطلقا ، فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة ، وأجاز تأخيره بلا شرط . وذهب أبو حنيفة إلى أن من شرطه التقابض فى المجلس كالصرف ، فهذه ستة متفق عليها . واختلفوا فى أربعة : أحدها الأجل ، هل هو شرط فيه أم لا ؟ . والثانى هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودا

فى حال عقد السلم أم لا ؟ . والثالث اشتراط مكان دفع المسلم فيه . والرابع أن يكون الثمن مقدرا إما مكيلا وإما موزونا وإما معدودا وأن لايكون جزافا . فأما الأجل فإن أباحنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه فى ذلك؛ وأما مالك فالظاهر من مذهبه ، والمشهور عنه أنه من شرط السلم ، وقد قيل إنه يتخرّج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحالّ . وأما اللخمى فإنه فصل الأمر فى ذلك فقال : إن السلم فى المذهب يكون على ضربين : سلم حالّ ، وهو الذى يكون من شأنه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل ، وهو الذى يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة . وعمدة من اشترط الأجل شيئان: ظاهر حديث ابن عباس؛ والثانى أنه إذا لم يشترط فيه الأجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهى عنه . وعمدة الشافعى أنه إذا جاز مع الأجل فهو حالا أجوز لأنه أقل غررا ، وربما استدلت الشافعية بما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى جملا من أعرابى بوسق تمر ، فلما دخل البيت لم يجد التمر ، فاستقرض النبى صلى الله عليه وسلم تمرا وأعطاه إياه » قالوا : فهذا هو شراء حالّ بتمر فى الذمة ، وللمالكية من طريق المعنى أن السلم إنما جوّز لموضع الارتفاق ، ولأن المسلف يرغب فى تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه ، والمسلم إليه يرغب فيه لموضع النسيئة ، وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى . واختلفوا فى الأجل فى موضعين : أحدهما هل يقدر بغير الأيام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم ؟ ، والثانى فى مقداره من الأيام . وتحصيل مذهب مالك فى مقداره من الأيام أن المسلم فيه على ضربين : ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه ، وضرب يقتضى بغير البلد الذى وقع فيه السلم؛ فإن اقتضاه فى البلد المسلم فيه ، فقال ابن القاسم إن المعتبر فى ذلك أجل تختلف فيه الأسواق ، وذلك خمسة عشر يوما أو نحوها . وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز اليومين والثلاثة ؛ وقال ابن عبد الحكم : لابأس به إلى اليوم الواحد . وأما ما يقتضى ببلد آخر ، فإن الأجل عندهم فيه هو قطع المسافة التى بين البلدين قلّت أوكثرت ، وقال أبو حنيفة : لايكون أقل من ثلاثة أيام ؛ فمن جعل الأجل شرطا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ؛ ومن جعله شرطا معللا باختلاف الأسواق اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالبا . وأما الأجل إلى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك

فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي ؛ فمن رأى أن الاختلاف الذى يكون فى أمثال هذه الآجال يسير أجاز ذلك ، إذ الغرر اليسير معفوّ عنه فى الشرع ، وشبهه بالاختلاف الذى يكون فى الشهور من قبل الزيادة والنقصان ؛ ومن رأى أنه كثير ، وأنه أكثر من الاختلاف الذى يكون من قبل نقصان الشهور وكمالها لم يجزه . وأما اختلافهم فى هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا فى حين عقد السلم ، فإن مالكا والشافعي وأحمد وإسحاق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا : يجوز السلم فى غير وقت إبّانه . وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى : لا يجوز السلم إلا فى إبان الشىء المسلم فيه . فحجة من لم يشترط الإبان ما ورد فى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يسلفون فى التمر السنتين والثلاث فأقروا على ذلك ولم ينهوا عنه . وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لاتُسْلِمُوا فى النَّخْلِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُها » وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر إذا لم يكن موجودا فى حال العقد ، وكأنه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر ، وإن كان ذلك معينا وهذا فى الذمة ، وبهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق .

(وأما الشرط الثالث) وهو مكان القبض ، فإن أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الأكثر . وقال القاضى أبو محمد : الأفضل اشتراطه . وقال ابن المواز : ليس يحتاج إلى ذلك .

(وأما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقدرا مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا لا جزافا ، فاشترط ذلك أبو حنيفة ، ولم يشترطه الشافعي ولا صاحبا أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد ، قالوا : وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص ، إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف ، إلا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه . وينبغى أن تعلم أن التقدير فى السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن ، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل ، وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع ، وبالعدد فيما يمكن فيه العدد . وإن لم يكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان أنواعا مختلفة ، أو مع تركه إن كان نوعا واحدا ، ولم يختلفوا أن السلم لا يكون إلا فى الذمة وأنه لا يكون فى معين ؛ وأجاز مالك السلم فى قرية معينة إذا كانت مأمونة ، وكأنه رآها مثل الذمة .

الباب الثانى

فيما يجوز أن يقتضى من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ، وما يعرض فى ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير

وفى هذا الباب فروع كثيرة ، لكن نذكر منها المشهور :

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم فى شىء من الثمر ، فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه ، فقال الجمهور : إذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام القابل ، وبه قال الشافعى وأبوحنيفة وابن القاسم ؛ وحجتهم أن العقد وقع على موصوف فى الذمة فهو باق على أصله ، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة ، وإنما هو شىء شرطه المسلم فهو فى ذلك بالخيار . وقال أشهب من أصحاب مالك : ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير ، وكأنه رآه من باب الكالىء بالكالىء . وقال سحنون : ليس له أخذ الثمن، وإنما له أن يصبر إلى القابل ، واضطرب قول مالك فى هذا والمعتمد عليه فى هذه المسئلة ما رآه أبو حنيفة والشافعى وابن القاسم ، وهو الذى اختاره أبو بكر الطرطوشى ، والكالىء بالكالىء المنهى عنه إنما هو المقصود ، لا الذى يدخل اضطرارا .

(مسئلة) اختلف العلماء فى بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه قبل قبضه ؛ فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلا ، وهم القائلون بأن كل شىء لايجوز بيعه قبل قبضه ، وبه قال أبوحنيفة وأحمد وإسحاق . وتمسك أحمد وإسحاق فى منع هذا بحديث عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فى شَىْءٍ فَلا يَصْرِفْهُ فى غَيْرِهِ » . وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه فى موضعين : أحدهما إذا كان المسلم فيه طعاما ، وذلك بناء على مذهبه فى أن الذى يشترطه فى بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص فى الحديث . والثانى إذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلم مالا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل شيئا من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن ، وذلك أن هذا يدخله إما سلف

وزيادة إن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم ، وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل . وكذلك إن كان رأس مال السلم طعاما لم يجز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر ، لامن جنسه ولا من غير جنسه ؛ فإن كان مثل طعامه فى الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبدالوهاب جاز ، لأنه يحمله على العروض ، وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وإن كان أقل جودة ، لأنه عنده من باب البدل فى الدنانير . والإحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته شعيرا ، وهذا كله من شرطه عند مالك أن لايتأخر القبض لأنه يدخله الدين بالدين . وإن كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز مالم يكن أكثر منه ، ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة إذا كان مثله أو أقل ، وإن أخذ دراهم فى دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر ، وكذلك إن أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التى هى رأس مال السلم . وأما بيع السلم من غير المسلم إليه ، فيجوز بكل شىء يجوز التبايع به مالم يكن طعاما ، لأنه لايدخله بيع الطعام قبل قبضه . وأما الإقالة فمن شرطها عند مالك أن لايدخلها زيادة ولا نقصان ، فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع ، أعنى أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتذرع إلى بيع وسلف ، أو إلى : ضع وتعجل ، أو إلى بيع السلم بما لايجوز بيعه . مثال ذلك فى دخول بيع وسلف به إذا حل الأجل ، فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فإنه لايجوز عنده فإنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف ، وذلك جائز عند الشافعى وأبى حنيفة ، لأنهما لايقولان بتحريم بيوع الذرائع .

(مسئلة) اختلف العلماء فى الشراء برأس مال السلم من المسلم إليه شيئا بعد الإقالة بما لايجوز قبل الإقالة ؛ فمن العلماء من لم يجزه أصلا ، ورأى أن الإقالة ذريعة إلى أن يجوز من ذلك ما لايجوز ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه ، إلا أن عند أبى حنيفة لايجوز على الإطلاق ، إذ كان لايجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الإطلاق ؛ ومالك يمنع ذلك فى المواضع التى يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ؛ ومن العلماء من أجازه ، وبه قال الشافعى والثورى . وحجتهم أن بالإقالة قد ملك رأس ماله ، فإذا ملكه جاز له أن يشترى به ما أحب ، والظن الردىء بالمسلمين غير جائز . قال : وأما حديث أبى سعيد فإنه إنما وقع النهى فيه قبل الإقالة .

(مسئلة) اختلفوا إذا ندم المبتاع فى السلم فقال للبائع : أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت إليك ، فقال مالك وطائفة : ذلك لايجوز ؛ وقال قوم يجوز ؛ واعتل مالك فى ذلك مخافة أن يكون المشترى لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقبله ، فكان ذلك من باب بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى ؛ وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين ؛ والذين رأوه جائزا رأوا أنه من باب المعروف والإحسان الذى أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أقالَ مُسْلِماً صَفْقَتَهُ أقالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيامَةِ ، ومَنْ أنْظَرَ مُعْسِرًا أظَلَّهُ اللهُ فى ظِلِّهِ يَوْمَ لا ظِلَّ إلا ظِلُّهُ » .

(مسئلة) أجمع العلماء على أنه إذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير إلى أجل فدفعها إليه عند محل الأجل وبعده أنه يلزمه أخذها . واختلفوا فى العروض المؤجلة من السلم وغيره ، فقال مالك والجمهور : إن أتى بها قبل محل الأجل لم يلزم أخذها . وقال الشافعى : إن كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد ، وإن كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه . وأما إذا أتى به بعد محل الأجل فاختلف فى ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم فى قطائف الشتاء فيأتى بها فى الصيف ، فقال ابن وهب وجماعة : لا يلزمه ذلك . وحجة الجمهور فى أنه لايلزمه قبض العروض قبل محل الأجل من قِبَل أنه من ضمانه إلى الوقت المضروب الذى قصده ، ولما عليه من المؤنة فى ذلك ، وليس كذلك الدنانير والدراهم ، إذ لامؤنة فيها ، ومن لم يلزمه بعد الأجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض إنما كان وقت الأجل لاغيره . وأمر من أجاز ذلك فى الوجهين ، أعنى بعد الأجل أو قبله فشبهه بالدنانير والدراهم .

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم إلى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة ما فأخبر البائع أو المسلم إليه المشترى بكيل الطعام ، هل للمشترى أن يقبضه منه دون أن يكيله وأن يعمل فى ذلك على تصديقه ؟ فقال مالك : ذلك جائز فى السلم وفى البيع بشرط النقد ، وإلا خيف أن يكون من باب الربا ، كأنه إنما صدقه فى الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن . وقال أبوحنيفة والشافعى والثورى

والأوزاعى والليث : لايجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشترى مرة ثانية بعد ان كاله لنفسه بحضرة البائع . وحجتهم أنه لما كان ليس للمشترى أن يبيعه إلا بعد أن يكيله لم يكن له أن يقبضه إلا بعد أن يكيله البائع له ، لأنه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء فى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : صاع البائع ، وصاع المشترى . واختلفوا إذا هلك الطعام فى يد المشترى قبل الكيل ، فاختلفا فى الكيل ، فقال الشافعى : القول قول المشترى ، وبه قال أبو ثور ؛ وقال مالك: القول قول البائع لأنه قد صدقه المشترى عند قبضه إياه ، وهذا مبنى عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه .

الباب الثالث فى اختلاف المتبايعين فى السلم

والمتبايعان فى السلم إما أن يختلفا فى قدر الثمن أو المثمون ، وإما فى جنسهما ، وإما فى الأجل ، وإما فى مكان قبض السلم . فأما اختلافهم فى قدر المسلم فيه ، فالقول فيه قول المسلم إليه إن أتى بما يشبه ، وإلا فالقول أيضا قول المسلم إن أتى أيضا بما يشبه ، فإن أتيا بما لايشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا . وأما اختلافهم فى جنس المسلم فيه ، فالحكم فى ذلك التحالف والتفاسخ ، مثل أن يقول أحدهما : أسلمت فى تمر ، ويقول الآخر : فى قمح . وأما اختلافهم فى الأجل فإن كان فى حلوله فالقول قول المسلم إليه ، وإن كان فى قدره فالقول أيضا قول المسلم إليه إلا أن يأتى بما لايشبه ، مثل أن يدعى المسلم وقت إبان المسلم فيه ، ويدعى المسلم إليه غير ذلك الوقت ، فالقول قول المسلم . وأما اختلافهم فى موضع القبض ، فالمشهور أن من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله ، وإن لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم إليه . وخالف سحنون فى الوجه الأول فقال : القول قول المسلم إليه وإن ادعى القبض فى موضع العقد وخالف أبو الفرج فى الموضع الثانى فقال : إذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا . وأما اختلافهم فى الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض ، وقد تقدم ذلك .

كتاب بيع الخيار

والنظر فى أصول هذا الباب ، أما أولا فهل يجوز أم لا ؟ وإن جاز ، فكم مدة الخيار ؟ وهل يشترط النقدية فيه أم لا ؟ وممن ضمان المبيع فى مدة الخيار ؟ وهل يورث الخيار أم لا ؟ ومن يصح خياره ممن لايصح ؟ وما يكون من الأفعال خيارا كالقول ؟ . أما جواز الخيار فعليه الجمهور ، إلا الثورى وابن أبى شبرمة وطائفة من أهل الظاهر . وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه « وَلَكَ الخِيارُ ثَلاثاً » وما روى فى حديث ابن عمر « البَيِّعان بالخِيارِ ما لَمْ يَفْتَرِقا إلاَّ بَيْعَ الخِيارِ » . وعمدة من منعه أنه غرر وأن الأصل هو اللزوم فى البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع . قالوا : وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح : وإما أنه خاص لما شكى إليه صلى الله عليه وسلم أنه يخدع فى البيوع . قالوا : وأما حديث ابن عمر وقوله فيه « إلا بيع الخيار » فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو « أنْ يَقُولَ أحَدُهُما لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ » وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود فى نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال : مثل اليوم واليومين فى اختيار الثوب ، والجمعة والخمسة الأيام فى اختيار الجارية ، والشهر ونحوه فى اختيار الدار . وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذى فيه فضل عن اختيار المبيع . وقال الشافعى وأبو حنيفة : أجل الخيار ثلاثة أيام لايجوز أكثر من ذلك . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأى مدة اشترطت ، وبه قال داود . واختلفوا فى الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة : فقال الثورى والحسن ابن حيى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار أبدا . وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله . وقال أبو حنيفة والشافعى لايجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع . واختلف أبو حنيفة والشافعى إن وقع الخيار فى الثلاثة الأيام زمن الخيار المطلق ، فقال أبو حنيفة : إن وقع فى الثلاثة الأيام جاز ، وإن مضت الثلاثة فسد البيع ؛ وقال الشافعى : بل هو

فاسد على كل حال ، فهذه هي أقاويل فقهاء الأمصار في مدة الخيار ، وهي هل يجوز مطلقا أو مقيدا ؟ وإن جاز مقيدا فكم مقداره ؟ وإن لم يجز مطلقا فهل من شرط ذلك أن لايقع الخيار في الثلاث أم لايجوز بحال ؟ وإن وقع في الثلاث . فأما أدلتهم فإن عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلناه . وأما عمدة من لم يجز الخيار إلا ثلاثا فهو أن الأصل هو أن لايجوز الخيار فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ ، وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك . قالوا : وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصرّاة وهو قوله « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَهُوَ بِالخِيارِ ثَلاثَةَ أيَّامٍ » وأما حديث منقذ ، فأشبه طرقه المتصلة ما رواه محمد ابن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع في البيع « إذَا بِعْتَ فَقُلْ لاخِلابَةَ وأنْتَ بالخِيارِ ثَلاثاً » . وأما عمدة أصحاب مالك ، فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان إمكان اختيار المبيع ، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع ، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى ، وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام ، وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أريد به الخاص . وأما اشتراط النقد فإنه لايجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع ، وفيه ضعف . وأما ممن ضمان المبيع في مدة الخيار فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي : مصيبته من البائع والمشترى أمين ، وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ؛ وقد قيل في المذهب إنه إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه ، وإن كان هلك بيد المشترى فالحكم كالحكم في الرهن والعارية .إن كان مما يغاب عليه فضمانه منه ، وإن كان مما لايغاب عليه فضمانه من البائع . وقال أبو حنيفة : إن كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه ، وأما إن كان شرطه المشترى وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشترى ، وبقى معلقا حتى ينقضي الخيار ، وقد قيل عنه إن على المشترى الثمن ، وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشترى . وللشافعي قولان : أشهرهما أن الضمان من المشترى لأيهما كان الخيار . فعمدة من رأى

أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم ، فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشترى قبلت . وعمدة من رأى أنه من المشترى تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق . وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثانى فلأنه إن كان البائع هو المشترط فالخيار له إبقاء للمبيع على ملكه ، وإن كان المشترى هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع من ملكه وأبانه فوجب أن يدخل فى ملك المشترى إذا كان المشترى هو الذى شرطه فقط قال : قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط خيارا ولم يلزم أن يدخل فى ملك المشترى لأنه شرط الخيار فى رد الآخر له ، ولكن هذا القول يمانع الحكم ، فإنه لابد أن تكون مصيبته من أحدهما ، والخلاف آيل إلى هل الخيار مشترط لإيقاع الفسخ فى البيع أو لتتميم البيع ، فإذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع ، وإن قلنا لتتميمه فهو فى ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهى هل يورث خيار المبيع أم لا ؟ فإن مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا : يورث ، وإنه إذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع ، وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الإقالة . وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب : أعنى أنه قال يورث ، وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن . وسلم لهم مالك خيار رد الأب ما وهبه لابنه ، أعنى أنه لم ير لورثة الميت من الخيار فى ردّ ماوهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك : أعنى للأب ، وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان . ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت ، فيموت الرجل المجعول له الخيار ، فإن ورثته لاينزلون منزلته عند مالك . وسلم الشافعى ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات ، وسلم زائدا خيار الإقالة والقبول فقال : لايورثان . وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال . وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال ، فموضع

الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟ وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه ؛ فالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب ، ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به ؛ والحنفية تحتج أيضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك ، وكل واحد منهم يروم أن يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ، ويروم في قوله خصمه بالضد ، أعني أن يعطى فارقا فيما يضعه الخصم متفقا ، ويعطى اتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا ، مثل ما تقول المالكية : إنما قلنا إن خيار الأب في رد هبته لا يورث ، لأن ذلك خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة ، فوجب أن لا تورث لا إلى صفة في العقد . وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار ، أعني أنه من انقدح له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذي الخيار لم يورثه .

(وأما المسئلة السادسة) وهي من يصح خياره فإنهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي ، فقال مالك : يجوز ذلك والبيع صحيح ؛ وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز إلا أن يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد ، وهو قول أحمد ؛ وللشافعي قول آخر مثل قول مالك ، وبقول مالك قال أبو حنيفة ؛ واتفق المذهب على أن الخيار للأجنبي إذا جعله له المتبايعان ، وأن قوله لهما . واختلف المذهب إذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشترى ومن جعل له المشترى الخيار ، فقيل القول في الإمضاء ، والرد قول الأجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشترى ، وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة ، وقيل بالفرق بين البائع والمشترى : أي أن القول في الإمضاء والرد قول البائع دون الأجنبي ، وقول الأجنبي دون المشترى إن كان المشترى هو المشترط الخيار ؛ وقيل القول قول من أراد منهما الإمضاء ، وإن أراد البائع الإمضاء ، وأراد الأجنبي الذي اشترط خياره الرد ووافقه المشترى ، فالقول قول البائع في الإمضاء ، وإن أراد البائع الرد وأراد الأجنبي الإمضاء ووافقه

المشترى فالقول قول المشترى ؛ وكذلك إن اشترط الخيار للأجنبى المشترى ، فالقول فيهما قول من أراد الإمضاء ، وكذلك الحال فى المشترى ؛ وقيل بالفرق فى هذا بين البائع والمشترى : أى إن اشترطه البائع فالقول قول من أراد الإمضاء منهما ، وإن اشترطه المشترى فالقول قول الأجنبى ، وهو ظاهر ما فى المدونة ، وهذا كله ضعيف . واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز ، مثل أن يشترط أجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لا يجوّز الخيار فوق الثلاث ، أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه : أعنى أجنبيا ، فقال مالك والشافعى : لا يصح البيع وإن أسقط الشرط الفاسد ؛ وقال أبو حنيفة : يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد ، فأصل الخلاف هل الفساد الواقع فى البيع من قبل الشرط يتعدى إلى العقد أم لا يتعدى ، وإنما هو فى الشرط فقط ؟ فمن قال يتعدى أبطل البيع وإن أسقطه ؛ ومن قال لا يتعدى قال : البيع يصح إذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحا .

كتاب بيع المرابحة

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان : مساومة ومرابحة ؛ وأن المرابحة هى أن يذكر البائع للمشترى الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا مّا للدينار أو الدرهم . واختلفوا من ذلك بالجملة فى موضعين : أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال . والموضع الثانى إذا كذب البائع للمشترى فأخبره أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به ، أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له أنه اشتراها بأكثر ، ففى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الأمصار بابان : الباب الأول : فيما يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفى صفة رأس المال الذى يجوز أن يبنى عليه الربح الثانى . : فى حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان فى خبر البائع بالثمن .

الباب الاول

فيما يعد من رأس المال مما لايعد ، وفى صفة رأس المال الذى يجوز أن يبنى عليه الربح

فأما مايعد فى الثمن مما لايعد ، فإن تحصيل مذهب مالك فى ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام : قسم يعدّ فى أصل الثمن ويكون له حظ من الربح . وقسم لايعد فى أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . وقسم لايعد فى أصل الثمن ولايكون له حظ من الربح . فأما الذى يحسبه فى رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرا فى عين السلعة مثل الخياطة والصبغ . وأما الذى يحسبه فى رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فما لايؤثر فى عين السلعة مما لايمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد إلى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها . وأما ما لايحتسب فيه الأمرين جميعا ، فما ليس له تأثير فى عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد . وقال أبوحنيفة : بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها . وقال أبو ثور : لايجوز المرابحة إلا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل ويفسخ عنده إن وقع قال لأنه كذب ، لأنه يقول له : ثمن سلعتى كذا وكذا وليس الأمر كذلك ، وهو عنده من باب الغش . وأما صفة رأس الثمن الذى يجوز أن يخبر به فإن مالكا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير إلى زيادة أنه ليس له أن يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشتراها لأنه من باب الكذب والخيانة ، وكذلك إن اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف . واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له أن يبيعها مرابحة أم لايجوز ؟ فإذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه ؟ فقال ابن القاسم : يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة . وقال أشهب : لايجوز لمن اشترى سلعة بشىء من العروض أن يبيعها مرابحة لأنه يطالبه بعروض على

صفقة عرضه ، وفى الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده ؛ واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ فى الدنانير عروضا أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون أن يعلم بما نقد أم لا يجوز ؟ فقال مالك لا يجوز إلا أن يعلم ما نقد ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيعها منه مرابحة على الدنانير التى ابتاع بها السلعة دون العروض التى أعطى فيها أو الدراهم ؛ قال مالك أيضا فيمن اشترى سلعة بأجل فباعها مرابحة أنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل . وقال الشافعى إن وقع كان للمشترى مثل أجله ؛ وقال أبو ثور : هو كالعيب وله الرد به ، وفى هذا الباب فى المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

الباب الثانى

فى حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان فى خبر البائع بالثمن

واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ، ثم ظهر بعد ذلك إما بإقراره وإما ببينة أن الثمن كان أقل والسلعة قائمة ؛ فقال مالك وجماعة : المشترى بالخيار ، إما أن يأخذ بالثمن الذى صح أو يترك إذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذى صح وإن ألزمه لزمه ؛ وقال أبو حنيفة وزفر : بل المشترى بالخيار على الإطلاق ، ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذى إن ألزمه البائع لزمه ؛ وقال الثورى وابن أبى ليلى وأحمد وجماعة : بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة ؛ وعن الشافعى القولان : القول بالخيار مطلقا ، والقول باللزوم بعد الحط . فحجة من أوجب البيع بعد الحط أن المشترى إنما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك ، فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع إلى الذى ظهر ، كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك الكيل . وحجة من رأى أن الخيار مطلقا تشبيه الكذب فى هذه المسئلة بالعيب ، أعنى أنه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . وأما إذا فاتت السلعة فقال الشافعى : يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح ؛ وقال مالك : إن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه فى ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشترى بشىء ، وإن كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشترى القيمة أو رده الثمن أو إمضائه السلعة بالثمن الذى

صح . وأما إذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة أن ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم فى ذلك وهى قائمة ، فقال الشافعى : لا يسمع من تلك البينة لأنه كذبها ؛ وقال مالك : يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن ، وهذا بعيد لأنه بيع آخر . وقال مالك فى هذه المسئلة : إذا فاتت السلعة أن المبتاع مخير بين أن يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو أن يأخذها بالثمن الذى صح ، فهذه هى مشهورات مسائلهم فى هذا الباب . ومعرفة أحكام هذا البيع تنبنى فى مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاثة مسائل وما تركب منها ، حكم مسئلة الكذب ، وحكم مسئلة الغش ، وحكم مسئلة وجود العيب . فأما حكم الكذب فقد تقدم. وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه فى البيع المطلق . وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا ، وليس للبائع أن يلزمه البيع وإن حط عنه مقدار الغش كما له ذلك فى مسئلة الكذب ، هذا عند ابن القاسم . وأما عند أشهب ، فإن الغش عنده ينقسم قسمين : قسم مؤثر فى الثمن ، وقسم غير مؤثر . فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب . وأما التى تتركب فهى أربع مسائل : كذب وغش ، وكذب وتدليس ، وغش وتدليس بعيب ، وكذب وغش وتدليس بعيب ؛ وأصل مذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذى بقى حكمه إن كان فات بحكم أحدهما أو بالذى هو أرجح له إن لم يفت حكم أحدهما ، إما على التخيير حيث يمكن التخيير ، أو الجمع حيث يمكن الجمع ، وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع ، أعنى مذهب ابن القاسم وغيره .

كتاب بيع العرية

اختلف الفقهاء فى معنى العرية والرخصة التى أتت فيها فى السنة ، فحكى القاضى أبو محمد عبد الوهاب المالكى أن العرية فى مذهب مالك هى أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه ، فيجوز للمعرى شراؤها من المعرى له بخرصها تمرا على شروط أربعة : أحدها : أن تزهى . والثانى أن تكون خمسة أوسق فما دون ، فإن زادت فلا يجوز . والثالث أن يعطيه التمر الذى يشتريها به عند الجذاذ ، فإن أعطاه نقدا لم يجز . والرابع أن يكون التمر

من صنف تمر العرية ونوعها ، فعلى مذهب مالك الرخصة فى العرية إنما هى فى حق المعرى فقط ، والرخصة فيها إنما هى استثناؤها من المزابنة ، وهى بيع الرطب بالتمر الجاف الذى ورد النهى عنه ، ومن صنفى الربا أيضا : أعنى التفاضل والنساء ، وذلك أن بيع تمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين وهو الخرص ، فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا ، وهو أيضا ثم بثمر إلى أجل ، فهذا هو مذهب مالك فيما هى العرية ، وما هى الرخصة فيها ، ولمن الرخصة فيها ؟ . وأما الشافعى فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعرى خاصة ، وإنما هى لكل أحد من الناس أراد أن يشترى هذا القدر من التمر : أعنى الخمسة أوسق أو ما دون ذلك بتمر مثلها ؛ وروى أن الرخصة فيها إنما هى معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس أن يأكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر[1] يشترى به الرطب . والشافعى يشترط فى إعطاء التمر الذى تباع به العرية أن يكون نقدا ، ويقول : إن تفرقا قبل القبض فسد البيع . والعرية جائزة عند مالك فى كل ما ييبس ويدخر ، وهى عند الشافعى فى التمر والعنب فقط ولا خلاف فى جوازها فيما دون الخمسة الأوسق عند مالك والشافعى ، وعنهما الخلاف إذا كانت خمسة أوسق ، فروى الجواز عنهما والمنع ، والأشهر عند مالك الجواز . فالشافعى يخالف مالكا فى العرية فى أربعة مواضع : أحدها فى سبب الرخصة كما قلنا . والثانى أن العرية التى رخص فيها ليست هبة ، وإنما سميت هبة على التجوز . والثالث فى اشتراط النقد عند البيع . والرابع فى محلها . فهى عنده كما قلنا فى التمر والعنب فقط ، وعند مالك فى كل ما يدخر وييبس . وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا فى أن العرية عنده هى الهبة ، ويخالفه فى أن الرخصة إنما هى عنده فيها للموهوب له أعنى المعرى له لا المعرى ، وذلك أنه يرى أن له أن يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعرى خاصة كما ذهب إليه مالك . وأما أبو حنيفة فيوافق مالكا فى أن العرية هى الهبة ، ويخالفه فى صفة الرخصة ، وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هى من باب استثنائها من المزابنة ولا هى فى الجملة فى البيع ، وإنما

---

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله : وعنده تمر يشترى ، إذ هى فسحة لمن عنده وليس عنده رطب أن يشترى الرطب بالتمر ، ولذلك اشترط الشافعى دفع التمر نقدا ، فتأمل اهـ مصححه .

الرخصة فيها عنده من باب رجوع الواهب فى هبته إذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع ، وإنما هى رجوع فى الهبة على صفة مخصوصة ، وهو أن يعطى بدلها تمرا بخرصها . وعمدة مذهب مالك فى العرية أنها بالصفة التى ذكر سنتها المشهورة عندهم بالمدينة ، قالوا : وأصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه ، فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمرا عند الجذاذ . ومن الحجة له فى أن الرخصة إنما هى للمعرى حديث سهل بن أبى حثمة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالرطب إلا أنه رخص فى العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا » قالوا : فقوله يأكلها رطبا دليل على أن ذلك خاص بمعريها ، لأنهم فى ظاهر هذا القول أهلها . ويمكن أن يقال إن أهلها هم الذين اشتروها كائنا من كان ، لكن قوله رطبا هو تعليل لايناسب المعرى ، وعلى مذهب الشافعى هو مناسب ، وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ، ولذلك كانت الحجة للشافعى . وأما أن العرية عنده هى الهبة فالدليل على ذلك من اللغة ، فإن أهل اللغة قالوا : العرية هى الهبة ، واختلف فى تسميتها بذلك ، فقيل لأنها عريت من الثمن ، وقيل إنها مأخوذة من عروت الرجل أعروه إذا سألته ، ومنه قوله تعالى ـ وأطعموا القانع والمعتر ـ وإنما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعنى تأخيره إلى ذلك الوقت ، لأنه تمر ورد الشرع بخرصه ، فكان من سنته أن يتأجل إلى الجذاذ أصله الزكاة ، وفيه ضعف ، لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة . وعنده أنه إذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز ؛ وأما اشتراطه جوازها فى الخمسة الأوسق أو فيما دونها ، فلما رواه عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، أو فى خمسة أوسق » وإنما كان عن مالك فى الخمسة الأوسق روايتان الشك الواقع فى هذا الحديث من الراوى . وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه إذا يبس ، فلما روى عن زيد بن ثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمرا » خرجه مسلم . وأما الشافعى فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبى حثمة عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا » ، فإنه

دّن ألهم فيه وقوله « فيها يأكلها أهلها رطبا » . والعرية عندهم هي اسم لما دون الخمسة الأوسق من التمر ، وذلك أنه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه ، خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القدر للهبة ، وقد احتج لمذهبه بما رواه بإسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إما زيد بن ثابت وإما غيره : ما عراياكم هذه ؟ قال : فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب أتى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس ، وعندهم فضل من قوتهم من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى بأيديهم يأكلونها رطبا ، وإنما لم يجز تأخير نقد التمر لأنه بيع الطعام بالطعام نسيئة . وأما أحمد فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص فى العرايا ولم يخص المعرى من غيره . وأما أبو حنيفة فلما لم تجر عنده المزابنة وكانت إن جعلت بيعا نوعا من المزابنة رأى أن انصرافها إلى المعرى ليس هو من باب البيع وإنما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمرا ، أو تسميته إياها بيعا عنده مجاز ، وقد التفت إلى هذا المعنى مالك فى بعض الروايات عنه ، فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشىء من الأشياء سوى الخرص ، وإن كان المشهور عنه جواز ذلك . وقد قيل إن قول أبى حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث ، وذلك أنه خالف الأحاديث فى مواضع منها أنه لم يسمها بيعا ، وقد نص الشارع على تسميتها بيعا . ومنها أنه جاء فى الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا ، وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء من المزابنة ، لأن المزابنة هى فى البيع . والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنيها من النهى عن الرجوع فى الهبة التى لم يقع فيها الاستثناء بنص الشرع ، وعسر عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع ، وهى المزابنة ، والله أعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الإجارات

والنظر فى هذا الكتاب شبيه بالنظر فى البيوع : أعنى أن أصوله تنحصر بالنظر فى أنواعها وفى شروط الصحة فيها والفساد وفى أحكامها ، وذلك فى نوع

نوع منها ، أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها ، وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا إلى قسمين : القسم الأول : فى أنواعها وشروط الصحة والفساد . والثانى : فى معرفة أحكام الإجارات ، وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها . فلنذكر أولا ما فى ذلك من الخلاف ثم نصير إلى ذكر ما فى ذينك القسمين من المسائل المشهورة ، إذ كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التى تجرى من هذه الأشياء مجرى الأمهات ، وهى التى اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الأمصار . فنقول : إن الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار والصدر الأول . وحكي عن الأصم وابن علية منعها . ودليل الجمهور قوله تعالى - إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ - الآية ، وقوله - فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ - . ومن السنة الثابتة ما خرجه البخارى عن عائشة قالت : « استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش ، فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما » وحديث جابر « أنه باع من النبى صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره إلى المدينة » وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالأجر ، وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الأعيان المحسوسة والمنافع فى الإجارات فى وقت العقد معدومة ، فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق ، ونحن نقول : إنها وإن كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب ، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى فى الغالب ، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء .

(القسم الأول) وهذا القسم النظر فيه فى جنس الثمن وجنس المنفعة التى يكون الثمن مقابلا له وصفتها . فأما الثمن فينبغى أن يكون مما يجوز بيعه ، وقد تقدم ذلك فى باب البيوع . وأما المنفعة فينبغى أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه ، وفى كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها ؛ فمما اجتمعوا على إبطال إجارته كل منفعة كانت لشىء محرم العين ، كذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع ، مثل أجر النوائح وأجر المغنيات ، وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الإنسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها ، واتفقوا على إجارة الدور

والدواب والناس على الأفعال المباحة ، وكذلك الثياب والبسط . واختلفوا في إجارة الأرضين وفي إجارة المياه وفي إجارة المؤذن ، وفي الإجارة على تعليم القرآن ، وفي إجارة نزوّ الفحول . فأما كراء الأرضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا ؛ فقوم لم يجيزوا ذلك بتة وهم الأقل، وبه قال طاوس وأبو بكر ابن عبد الرحمن ؛ وقال الجمهور بجواز ذلك . واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها ؛ فقال قوم : لايجوز كراؤها إلا بالدراهم والدنانير فقط ، وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب ؛ وقال قوم : يجوز كراء الأرض بكل شيء ما عدا الطعام ، وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن ، وما عدا ما ينبت فيها كان طعاما أو غيره، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه . وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بما عدا الطعام فقط ؛ وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام ، وممن قال بهذا القول سالم بن عبدالله وغيره من المتقدمين ، وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ ؛ وقال قوم : يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها ، وبه قال أحمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وابن أبي ليلى والأوزاعي وجماعة . وعمدة من لم يجز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع » قالوا : وهذا عام ، وهؤلاء لم يلتفتوا إلى ما روى مالك من تخصيص الراوي له حين روى عنه ، قال حنظلة : فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال : لابأس به . وروى هذا عن رافع ابن عمر وأخذ بعمومه ، وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك ، وهذا بناء على رأي من يرى أنه لايخصص العموم بقول الراوي . وروى عن رافع ابن خديج عن أبيه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إجارة الأرضين » قال أبو عمر بن عبد البر . واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال : خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « مَنْ كانَتْ لَهُ أرْضٌ فَلْـيَزْرَعْهَا أوْ لِـيُزْرِعْهاولا يُؤاجِرْها » فهذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الأرض . وقالوا أيضا من جهة المعنى : إنه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر ، لأنه ممكن أن يصيب

الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق ، فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشيء . قال القاضي : ويشبه أن يقال في هذا إن المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض كما نهى عن بيع الماء ، ووجه الشبه بينهما أنهما أصلا الخلقة . و أما عمدة من لم يجز كراءها إلا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلَاثَةٌ ، رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَيَزْرَعُهَا ، ورجُل مُنِحَ أَرْضاً فَهُوَ يَزْرَعُ ما مُنِحَ ، ورجُلٌ اكْتَرَى بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ » قالوا : فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث والأحاديث الأخر مطلقة وهذا مقيد ، ومن الواجب حمل المطلق على المقيد . وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ماعدا الطعام ، وسواء كان الطعام مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أخاهُ ولايُكْرِها بِثُلُثٍ ولا رُبُعٍ ولا بِطَعَامٍ مُعَيَّنٍ » قالوا : وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها ، وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا ، وفيه : والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة . قالوا : وأيضا فإنه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة . وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها ؛ أما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام . وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ما ورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، قالوا : وهي كراء الأرض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه . وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم ، فجاز قياسا على إجارة سائر المنافع ، وكأن هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع . روى عن سالم ابن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا : اكترى رافع . قالوا : وقد جاء في بعض الروايات عنه مايجب أن يحمل عليها سائرها قال « كنا أكثر أهل المدينة حقلا ، قال : وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول : هذه القطعة لي وهذه لك ، وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ، فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم » خرجه البخاري . وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها ؛ فعمدته النظر

والأثر . أما الأثر فما ورد من النهى عن المخابرة ، وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن رافع قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان رفقا بنا ، فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال : « دعانى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُمْ ؟ قلنا : نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتَفْعَلُوا ، ازْرَعُوها أَوْ زَارِعُوها أَوْ أَمْسِكُوها » وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الإمامان البخارى ومسلم . وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » قالوا : وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لأنها مضطربة المتون ، وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر ، بدليل ما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس أنه قال « إن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال : إن يَمْنَحْ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ يَكُنْ خَيْرًا لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ مِنه شَيْئًا » قالوا : وقد قدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم و هم يخابرون فأقرهم .

(وأما إجارة المؤذن) فإن قوما لم يروا فى ذلك بأسا ؛ وقوما كرهوا ذلك . والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبى العاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اتخذْ مُؤَذِّنا لايَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أجْرًا » والذين أباحوه قاسوه على الأفعال غير الواجبة ، وهذا هو سبب الاختلاف ، أعنى هل هو واجب أم ليس بواجب ؟ .

وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا ، وكرهه قوم ، وأجازه آخرون . والذين أباحوه قاسوه على سائر الأفعال ، واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال : « أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا : إنكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء أو رقية ، فإن عندنا معتوها فى القيود ، فقلنا لهم نعم ، فجاءوا به ، فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بريقى ثم أتفل عليه ، فكأنما أنشط من عقال ، فأعطونى جعلا ، فقلت لا حتى أسأل

رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسألته فقال : « كُلْ فَلَعَمْرِي لَمَنْ أَكَلَ بِرُقْيَةٍ بَاطِلاً فَلَقَدْ أَكَلْتَ بِرُقْيَةٍ حَقًّا » وبما روى عن أبى سعيد الخدرى « أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا فى غزاة ، فمروا بحى من أحياء العرب ، فقالوا : هل عندكم من راق ، فإن سيد الحى قد لدغ أو قد عرض له ، قال : فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ ، فأعطى قطيعا من الغنم ، فأبى أن يقبلها ، فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : بِمَ رَقَيْتَهُ ؟ قال : بفاتحة الكتاب ، قال : وما يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ ؟ قال : ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوهَا وَاضْرِبُوا لِى مَعَكُمْ فِيهَا بِسَهْمٍ » . وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا : هو من باب الجعل على تعليم الصلاة . قالوا : ولم يكن الجعل المذكور فى الإجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرقى ، وسواء كان الرقى بالقرآن أو غيره الاستئجار عليه عندنا جائز كالعلاجات . قالوا : وليس واجبا على الناس ، وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس .

وأما إجارة الفحول من الإبل والبقر والدواب ، فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله على أن ينزو أكواما معلومة ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعى . وحجة من لم يجز ذلك ماجاء من النهى عن عسيب الفحل ؛ ومن أجازه شبهه بسائر المنافع ، وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع . واستئجار الكلب أيضا هو من هذا الباب ، وهو لايجوز عند الشافعى ولا عند مالك . والشافعى يشترط فى جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها ، فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ، ولا طعام لتزيين الحانوت ، إذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها ، فهو لايجوز عند مالك ولا عند الشافعى . ومن هذا الباب اختلاف المذهب فى إجارة الدراهم والدنانير ، وبالجملة كل ما لايعرف بعينه ، فقال ابن القاسم : لايصح إجارة هذا الجنس وهو قرض ، وكان أبو بكر الأبهرى وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه ، وإنما منع من منع إجارتها ، لأنه لم يتصور فيها منفعة إلا بإتلاف عينها ؛ ومن أجاز إجارتها تصور فيها منفعة ، مثل أن يتحمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور فى هذا الباب ، فهذه هى مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس

المنفعة . وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهى مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنا فى المبيعات وما لايجوز . ومما ورد النهى فيه من هذا الباب ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان » قال الطحاوى : ومعنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية من دفع القمح إلى الطحان بجزء من الدقيق الذى يطحنه ، قالوا : وهذا لايجوز عندنا ، وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ، ولا هى من الأشياء التى تكون ديونا على الذمم ، ووافقه الشافعى على هذا . وقال أصحابه : لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ، وهذا على مذهب مالك جائز ، لأنه استأجره على جزء من الطعام ؛ معلوم ، وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا . وأما كسب الحجام ؛ فذهب قوم إلى تحريمه ، وخالفهم فى ذلك آخرون فقالوا : كسبه ردىء يكره للرجل ؛ وقال آخرون : بل هو مباح . والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب ؛ فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مِنَ السُّحْتِ كَسْبُ الحَجَّامِ » ، وبما روى عن أنس بن مالك قال « حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام » . وروى عن عون بن أبى جحيفة قال : اشترى أبى حجاما فكسر محاجمه ، فقلت له يا أبت لم كسرتها ؟ فقال « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم » . وأما من رأى إباحة ذلك . فاحتج بما روى عن ابن عباس قال « احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره » قالوا : ولو كان حراما لم يعطه ، وبحديث جابر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا أبا طيبة فحجمه ، فسأله كم ضريبتك ؟ فقال : ثلاثة آصع ، فوضع عنه صاعا » وعنه أيضا « أنه أمر للحجام بصاع من طعام ، وأمر مواليه أن يخففوا عنه » وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن رافع أو رافع بن رفاعة جاء إلى مجلس الأنصار فقال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضحنا » وبما روى « عن رجل من بنى حارثة كان له حجام ، وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك

فنهاه ، ثم عاد فنهاه ، ثم عاد فنهاه ، فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعْلِفْ كَسْبَهُ نَاضِحَكَ وأَطْعِمْهُ رَقِيقَكَ » .
ومن هذا الباب أيضا اختلافهم فى إجارة دار بسكنى دار أخرى ، فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ، ولعله رآها من باب الدين بالدين ، وهذا ضعيف ، فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة . وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضا المشهور منها ؛ فمن ذلك أن جمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعى اتفقوا بالجملة أن من شرط الإجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر ، وذلك إما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب ، وإما بضرب الأجل إذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير ، وذلك إما بالزمان إن كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت ، وإما بالمكان إن كان مشيا مثل كراء الرواحل . وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى جواز إجارات المجهولات مثل أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف مايعود عليه . وعمدة الجمهور أن الإجارة بيع فامتنع فيها من الجهل ـ لمكان الغبن ـ ما امتنع فى المبيعات . واحتج الفريق الثانى بقياس الإجارة على القراض والمساقاة ؛ والجمهور على أن القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الأصول ؛ واتفق مالك والشافعى على أنهما إذا ضربا للمنفعة التى ليس لها غاية أمدا من الزمان محدودا ، وحددوا أيضا أول ذلك الأمد ، وكان أوله عقب العقد أن ذلك جائز . واختلفوا إذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد ، فقال مالك : يجوز إذا حدد الزمان ولم يحدد أوله ، مثل أن يقول له : استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهرا بكذا ، ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة ؛ وقال الشافعى لايجوز ، ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الإجارة ، فمنعه الشافعى لأنه غرر ، وأجازه مالك لأنه معلوم بالعادة ، وكذلك لم يجز الشافعى إذا كان أول الأمد متراخيا عن العقد ، وأجازه مالك . واختلف قول أصحابه فى استئجار الأرض غير المأمونة ، والتغيير فيما بعد من الزمان ؛ وكذلك اختلف مالك والشافعى فى مقدار الزمان الذى تقدر به هذه المنافع ؛ فمالك يجيز

ذلك السنين الكثيرة ، مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر ، مما لا يتغير الدار فى مثله ؛ وقال الشافعى : لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد . واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون فى أرض المطر وأرض السقى بالعيون وأرض السقى بالآبار والأنهار ؛ فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة ؛ وفصل ابن الماجشون فقال : لا يجوز الكراء فى أرض المطر إلا لعام واحد ، وأما أرض السقى بالعيون فلا يجوز كراؤها إلا لثلاثة أعوام وأربعة ؛ وأما أرض الآبار والأنهار فلا يجوز إلا لعشرة أعوام فقط . فالاختلاف ههنا فى ثلاثة مواضع : فى تحديد أول المدة ، وفى طولها ، وفى بعدها من وقت العقد . وكذلك اختلف مالك والشافعى إذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذى يجب لأقل المدة مثل أن يقول : أكترى منك هذه الدار الشهر بكذا ، ولا يضربان لذلك أمدا معلوما ، فقال الشافعى : لا يجوز ؛ وقال مالك وأصحابه : يجوز على قياس : أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم ، وهذا لا يجوز غيره . وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع فى هذه الأشياء هل هو من الغرر المعفوّ عنه أو المنهى عنه ؟ ومن هذا الباب اختلافهم فى البيع والإجارة ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعى وأبو حنيفة ، ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع إلا الإجارة فقط . ومن هذا الباب اختلافهم فى إجارة المشاع ؛ فقال مالك والشافعى : هى جائزة ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجوز ، لأن عنده أن الانتفاع بها مع الإشاعة متعذر ؛ وعند مالك والشافعى أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه : أعنى رب المال . ومن هذا الباب استئجار الأجير بطعامه وكسوته ، وكذلك الظئر ، فمنع الشافعى ذلك على الإطلاق ، وأجاز ذلك مالك على الإطلاق : أعنى فى كل أجير ؛ وأجاز ذلك أبو حنيفة فى الظئر فقط . وسبب الخلاف هل هى إجارة مجهولة ، أم ليست مجهولة ؟ فهذه هى شرائط الإجارة الراجعة إلى الثمن والمثمون . وأما أنواع الإجارة فإن العلماء على أن الإجارة على ضربين : إجارة منافع أعيان محسوسة ، وإجارة منافع فى الذمة قياسا على البيع . والذى فى الذمة من شرطه الوصف . والذى فى العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال فى المبيعات ، ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع ، وذلك فى الشىء الذى تستوفى منافعه ، وفى الشىء الذى تستوفى به

منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا ، والحمل الذى تستوفى به منفعة المركوب. وعند مالك أن الراكب لايحتاج أن يوصف ، وعند الشافعى يحتاج إلى الوصف ، وعند ابن القاسم أنه إذا استأجر الراعى على غنم بأعيانها أن من شرط صحة العقد اشتراط الخلف ، وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط . ومن شرط إجارة الذمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين ؛ كما أن من شرط إجارة الأرض غير المأمونة السقى عنده أن لايشترط فيها النقد إلا بعد الرى . واختلفوا فى الكراء هل يدخل فى أنواعه الخيار أم لا ؟ فقال مالك : يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين ؛ وقال الشافعى : لايجوز ، فهذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الأول من هذا الكتاب ، وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هذا العقد وأوصافه وأنواعه ، وهى الأشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الأركان ، وبها يوصف العقد إذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد إذا لم يكن على ذلك ، وبقى النظر فى الجزء الثانى ، وهو أحكام هذا العقد .

الجزء الثانى من هذا الكتاب

وهو النظر فى أحكام الإجارات

وأحكام الإجارات كثيرة ، ولكنها بالجملة تنحصر فى جملتين : الجملة الأولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه . الجملة الثانية : فى أحكام الطوارئ . وهذه الجملة تنقسم فى الأشهر إلى معرفة موجبات الضمان وعدمه ، ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ، ومعرفة حكم الاختلاف .
(الجملة الأولى) ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكرى دفع الكراء إذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن ؟ فعند مالك وأبى حنيفة : أن الثمن إنما يلزم جزءا فجزءا بحسب مايقبض من المنافع ، إلا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك مايوجب التقديم ، مثل أن يكون عوضا معينا أو يكون كراء فى الذمة . وقال الشافعى : يجب عليه الثمن بنفس العقد . فمالك رأى أن الثمن إنما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض ؛ والشافعى كأنه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة أو دارا وما أشبه ذلك ، هل

له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكتراه ؟ فأجازه مالك والشافعى وجماعة قياسا على البيع ، ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه . وعمدتهم أنه من باب ربح ما لم يضمن ؛ لأن ضمان الأصل هو من ربه : أعنى من المكرى ، وأيضا فإنه من باب بيع مالم يقبض ، وأجاز ذلك بعض العلماء إذا أحدث فيها عملا . وممن لم يكره ذلك إذا وقع بهذه الصفة سفيان الثورى والجمهور ، رأوا أن الإجارة فى هذا شبيهة بالبيع ؛ ومنها أن يكرى الدار من الذى أكراها منه ، فقال مالك: يجوز ، وقال أبو حنيفة : لايجوز ، وكأنه رأى أنه إذا كان التفاضل بينهما فى الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل . ومنها إذا اكترى أرضا ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيرا ، أوما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه ، فقال مالك له ذلك ، وقال داود : ليس له ذلك . ومنها اختلافهم فى كنس مراحيض الدور المكتراة ، فالمشهور عن ابن القاسم أنه على أرباب الدور ، وروى عنه أنه على المكترى ، وبه قال الشافعى ؛ واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التى تدخلها قوم وتخرج قوم ، فقال : الكنس فى هذه على رب الدار . ومنها اختلاف أصحاب مالك فى الانهدام اليسير من الدار ، هل يلزم رب الدار إصلاحه ، أم ليس يلزم ؟ وينحط عنه من الكراء ذلك القدر؟ فقال ابن القاسم : لايلزمه ، وقال غيره من أصحابه يلزمه . وفروع هذا الباب كثيرة ، وليس قصدنا التفريع فى هذا الكتاب .

(الجملة الثانية : وهى النظر فى أحكام الطوارئ)

الفصل الأول منه ، وهو النظر فى الفسوخ

فنقول : إن الفقهاء اختلفوا فى عقد الإجارة ؛ فذهب الجمهور إلى أنه عقد لازم ، وحكى عن قوم أنه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة . والذين قالوا إنه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به ؛ فذهب جماعة فقهاء الأمصار مالك والشافعى وسفيان الثورى وأبوثور وغيرهم إلى أنه لاينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة . وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ على المستأجر ، مثل أن يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق . وعمدة الجمهور قوله

تعالى ـ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ـ لأن الكراء عقد على منافع فأشبه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع . وعمدة أبى حنيفة أنه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التى فيها المنفعة . وقد اختلف قول مالك إذا كان الكراء فى غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص ؛ فقال عبدالوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين فى الإجارة ، وإن عين فذلك كالوصف لاينفسخ ببيعه أو ذهابه ، بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت قال : وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد ، وعلى المستأجر أن يأتى بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه ، قال : وقد قيل إنها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل . وقال بعض المتأخرين : إن ذلك ليس اختلافا فى المذهب وإنما ذلك على قسمين : أحدهما أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لاتقصد عينه ، فإن كان مما تقصد عينه انفسخت الإجارة كالظئر إذا مات الطفل ، وإن كان مما لايقصد عينه لم تنفسخ الإجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام فى حانوت وما أشبه ذلك . واشتراط ابن القاسم فى المدونة أنه إذا استأجر على غنم بأعيانها فإنه لايجوز إلا أن يشترط الخلف هو التفات منه إلى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين ، لكن لما رأى التلف سائقا إلى الفسخ رأى أنه من باب الغرر ، فلم يجز الكراء عليها إلا باشتراط الخلف . ومن نحو هذا اختلافهم فى هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين : أعنى المكرى أو المكترى ؛ فقال مالك والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور : لاينفسخ ويورث عقد الكراء ؛ وقال أبو حنيفة والثورى والليث : ينفسخ . وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة ، فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع . وعمدة الحنفية أن الموت نقلة لأصل الرقبة المكتراة من ملك إلى ملك ، فوجب أن يبطل أصله البيع فى العين المستأجرة مدة طويلة : أعنى أنه لايجوز فلما كان لايجتمع العقدان معا غلب ههنا انتقال الملك وإلا بقى الملك ليس له وارث ، وذلك خلاف الإجماع ، وربما شبهوا الإجارة بالنكاح إذ كان كلاهما استيفاء منافع ، والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد ، وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الأجرة عندهم تستحق جزءا فجزءا بقدر

مما يقبض من المنفعة ، قالوا : وإذا كان هذا هكذا فإن مات المالك وبقيت الإجارة ، فإن المستأجر يستوفى فى ملك الوارث حقا بموجب عقد فى غير ملك العاقد وذلك لايصح ، وإن مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعد موته ، والميت لايثبت عليه دين بإجماع بعد موته . وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لأن استيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك ، وعند مالك أن أرض المطر إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء ينفسخ ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة ، فلم يتمكن المكترى من أن يزرعها وسائر الجوائح التى تصيب الزرع لايحط عنه من الكراء شىء ، وعنده أن الكراء الذى يتعلق بوقت مّا أنه إن كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل فى أيام الحج فغاب المكرى عن ذلك الوقت أنه ينفسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصودا فإنه لاينفسخ ، هذا كله عنده فى الكراء الذى يكون فى الأعيان . فأما الكراء الذى يكون فى الذمة فإنه لاينفسخ عنده بذهاب العين التى قبض المستأجر ليستوفى منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وإنما انعقد على موصوف فى الذمة . وفروع هذا الباب كثيرة ، وأصوله هى هذه التى ذكرناها .

الفصل الثانى وهو النظر فى الضمان

والضمان عند الفقهاء على وجهين : بالتعدى ، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال . فأما بالتعدى فيجب على المكرى باتفاق ، والخلاف إنما هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك أو لايوجبه وفى قدره ؛ فمن ذلك اختلاف العلماء فى القضاء فيمن اكترى دابة إلى موضع مّا فتعدى بها إلى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء ، فقال الشافعى وأحمد : عليه الكراء الذى التزمه إلى المسافة المشترطة ، ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها ؛ وقال مالك : رب الدابة بالخيار فى أن يأخذ كراء دابته فى المسافة التى تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة . وقال أبو حنيفة : لا كراء عليه فى المسافة المتعداة ، ولا خلاف أنها إذا تلفت فى المسافة المتعداة أنه ضامن لها . فعمدة الشافعى أنه تعدى على المنفعة

فلزمه أجرة المثل أصله التعدى على سائر المنافع . وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب ، وفيه ضعف . وأما مذهب أبى حنيفة فبعيد جدا عما تقتضيه الأصول الشرعية ، والأقرب إلى الأصول فى هذه المسئلة هو قول الشافعى . وعند مالك أن عثار الدابة لو كانت عثور تعدّ من صاحب الدابة يضمن بها الحمل ، وكذلك إن كانت الحبال رثة ، ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا فى ضمانهم من غير تعد إلا من جهة المصلحة فهم الصناع ، ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان ، فإن مالكا ضمنه ما هلك عنده ، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم ، فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف : يضمنون ما هلك عندهم ، وقال أبوحنيفة : لايضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ، ويضمن المشترك ومن عمل بأجر. وللشافعى قولان فى المشترك . والخاص عندهم هو الذى يعمل فى منزل المستأجر ، وقيل هو الذى لم ينتصب للناس ، وهو مذهب مالك فى الخاص ، وهو عنده غير ضامن ، وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن ، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر ، وبتضمين الصناع قال على وعمر ، وإن كان قد اختلف عن على فى ذلك . وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة . وأما من فرق بين أن يعملوا بأجر أو لايعملوا بأجر ، فلأن العامل بغير أجر إنما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع ، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما ، فغلبت منفعة القابض ، أصله القرض والعارية عند الشافعى ، وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن فى تضمينه سد ذريعة ، والأجير عند مالك كما قلنا لايضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجرى مجراه ، وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدى ، وصاحب الحمام لايضمن عنده ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل يضمن . وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعدّ منهم ولا تفريط وهو شذوذ ، ولا خلاف أن

الصناع لايضمنون ما لم يقبضوا فى منازلهم . واختلف أصحاب مالك إذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا ، إذا كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها ؟ فقال ابن القاسم : لاأجرة لهم ، وقال ابن المواز : لهم الأجرة ؛ ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لايمضى عمل الصانع باطلا ؛ ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت فى مقابلة العمل ، فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط من الأجير ، وقول ابن المواز أقيس ، وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة لأنه رأى أن يشتركوا فى المصيبة . ومن هذا الباب اختلافهم فى ضمان صاحب السفينة ، فقال مالك : لاضمان عليه ، وقال أبو حنيفة : عليه الضمان إلا من الموج ، وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر فى المصنوع أو قطع إذا عمله فى حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدا معه ، إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال ، مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ فى فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شىء عليه فى النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفى ماله فيما دون الثلث ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية ، قيل فى ماله ، وقيل على العاقلة .

الفصل الثالث فى معرفة حكم الاختلاف

وهو النظر فى الاختلاف ، وفى هذا الباب أيضا مسائل : فمنها أنهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ورب المصنوع فى صفة الصنعة ، فقال أبو حنيفة : القول قول رب المصنوع ، وقال مالك وابن أبى ليلى : القول قول الصانع . وسبب الخلاف من المدعِى منهما على صاحبه ، ومن المدعَى عليه ؟ . ومنها إذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع ، فالقول عند مالك قول الدافع ، وعلى الصناع البينة لأنهم كانوا ضامنين لما فى أيديهم ؛ وقال ابن الماجشون : القول قول الصناع إن كان ما دفع إليهم دفع بغير بينة ، وإن كان دفع إليهم ببينة فلا يبرءون إلا ببينة ؛ وإذا اختلف الصانع ورب المتاع

فى دفع الأجرة ، فالمشهور فى المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه إن قام بحدثان ذلك ، وإن تطاول فالقول قول رب المصنوع ، وكذلك إذا اختلف المكرى والمكترى ، وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وإن طال ، وهو الأصل . وإذا اختلف المكرى والمكترى أو الأجير والمستأجر فى مدة الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة إذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف فى جميع الزمان المضروب فى ذلك ، فالمشهور فى المذهب أن القول قول المكترى والمستاجر لأنه الغارم ، والأصول على أن القول قول الغارم ؛ وقال ابن الماجشون : القول قول المكترى له والمستأجر إذا كانت العين المستوفاة منها المنافع فى قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك . وأما مالم يكن فى قبضه مثل الأجير فالقول قول الأجير . ومن مسائل المذهب المشهورة فى هذا الباب اختلاف المتكاريين فى الدواب وفى الرواحل ، وذلك أن اختلافهما لايخلو أن يكون فى قدر المسافة أو نوعها ، أو قدر الكراء أو نوعه ، فإن كان اختلافهما فى نوع المسافة ، أو فى نوع الكراء ، فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين فى نوع الثمن ، قال ابن القاسم : انعقد أولم ينعقد ، وقال غيره : القول قول رب الدابة إذا انعقد وكان يشبه ما قال . وإن كان اختلافهما فى قدر المسافة ، فإن كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير ، فالتحالف والتفاسخ ، وإن كان بعد ركوب كثير ، أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة فى المسافة إن انتقد وكان يشبه ماقال ، وإن لم ينتقد وأشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على أعظم المسافتين ، فاجعل منه للمسافة التى ادعاها رب الدابة أعطيه ، وكذلك إن انتقد ولم يشبه قوله وإن اختلفا فى الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد أولم ينقد لأنه مدعى عليه . وإن اختلفا فى الأمرين جميعا فى المسافة والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة : اكتريت منك إلى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار إلى إشبيلية ، فإن كان أيضاً قبل الركوب أوبعد ركوب لاضرر عليهما فى الرجوع تحالفا وتفاسخا ، وإن كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة ، فإن كان لم ينقد المكترى شيئا كان القول قول رب الدابة فى المسافة ، والقول قول المكترى فى الثمن ، ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة إلى قرمونة ، على أنه لوكان الكراء به إلى إشبيلية وذلك أنه أشبه قول المكترى ، وإن لم يشبه ما قال وأشبه رب الدابة غرم دينارين

وإن كان المكترى نقد الثمن الذى يدعى أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة فى المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لايرجع عليه بشىء منه إذ هو مدعى عليه فى بعضه ، وهو يقول : بل هو لى وزيادة ، فيقبل قوله فيه لأنه قبضه ، ولا يقبل قوله فى الزيادة ، ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه ، إلا أنه إذا لم يشبه قسم الكراء الذى أقر به المكترى على المسافة كلها ، فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاها ، وهذا القدر كاف فى هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجعل

والجعل هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها ، مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق . وقد اختلف العلماء فى منعه وجوازه ؛ فقال مالك : يجوز ذلك فى اليسير بشرطين : أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلا . والثانى أن يكون الثمن معلوما ؛ وقال أبو حنيفة : لا يجوز ؛ وللشافعى قولان وعمدة من أجازه قوله تعالى ـ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ـ وإجماع الجمهور على جوازه فى الإباق والسؤال ، وما جاء فى الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأم القرآن ، وقد تقدم ذلك . وعمدة من منعه الغرر الذى فيه قياسا على سائر الإجارات ، ولا خلاف فى مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شىء منه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم . واختلف مالك وأصحابه فى هذا الباب فى كراء السفينة ، هل هو جعل أو إجارة فقول مالك : ليس لصاحبها كراء إلا بعد البلوغ ، وهو قول ابن القاسم ذهابا إلى أن حكمها حكم الجعل . وقال ابن نافع من أصحابه : له قدر ما بلغ من المسافة ، فأجرى حكمه مجرى الكراء . وقال أصبغ : إن لجج فهو جعل وإن لم يلجج فهو إجارة له بحسب الموضع الذى وصل إليه . والنظر فى هذا الباب فى جوازه ومحله وشروطه وأحكامه ومحله هو ما كان من الأفعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه ، لأنه إذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل[1] ،

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله للعمل ، لأن الملتزم للجعل هو المنتفع ، أو تجعل اللام للعلة ، تأمل اه مصححه

ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها ، وقلنا على حكم الجعل إنه إذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شىء ، فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير أن يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ، ولذلك يختلف الفقهاء فى كثير من المسائل هل هو جعل أو إجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هى مما يجوز فيها الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم فى المجاعلة على حفر الآبار ، وقالوا فى المغارسة إنها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة ، وهى عند مالك أن يعطى الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عددا من الثمار معلوما ، فإذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الأرض متفق عليه .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القراض

ولا خلاف بين المسلمين فى جواز القراض ، وأنه مما كان فى الجاهلية فأقره الإسلام . وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجلُ الرجلَ المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال ، أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا ، وأن هذا مستثنى من الإجارة المجهولة ، وأن الرخصة فى ذلك إنما هى لموضع الرفق بالناس ، وأنه لاضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعدّ ، وإن كان اختلفوا فيما هو تعدّ مما ليس بتعد . وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لايقترن به شرط يزيد فى مجهلة الربح أو فى الغرر الذى فيه وإن كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لايقتضى . وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم ، واختلفوا فى غير ذلك . وبالجملة فالنظر فيه : فى صفته وفى محله وفى شروطه وفى أحكامه ، ونحن نذكر فى باب باب من هذه الثلاثة الأبواب مشهورات مسائلهم .

الباب الأول فى محله

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها . وأما محله فإنهم أجمعوا على أنه جائز بالدنانير والدراهم ، واختلفوا فى العروض فجمهور فقهاء الأمصار على أنه لايجوز القراض بالعروض ، وجوّزه ابن أبى ليلى . وحجة الجمهور أن

رأس المال إذا كان عروضا كان غررا لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ما ، ويرده وهو يساوى قيمة غيرها ، فيكون رأس المال والربح مجهولا . وأما إن كان رأس المال ما به إبياع العروض ، فإن مالكا منعه والشافعي أيضا ، وأجازه أبو حنيفة . وعمدة مالك أنه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها ، فكأنه قراض ومنفعة ، مع أن ما يبيع به السلعة مجهول ، فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول ، ويشبه أن يكون أيضا إنما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض فى ذلك من البيع ، وحينئذ ينض رأس مال القراض ، وكذلك إن أعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ، ولكنه أقرب الوجوه إلى الجواز ، ولعل هذا هو الذى جوزه ابن أبى ليلى ، بل هو الظاهر من قولهم ؛ فإنهم حكوا عنه أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوبا يبيعه ، فما كان فيه من ربح فهو بينهما ، وهذا إنما هو على أن يجعلا أصل المال الثمن الذى اشترى به الثوب ، ويشبه أيضا إن جعل رأس المال الثمن أن يتهم المقارض فى تصديقه رب المال بخرصه على أخذ القراض منه . واختلف قول مالك فى القراض بالنقد من الذهب والفضة ، فروى عنه أشهب منع ذلك ، وروى ابن القاسم جوازه ، ومنعه فى المصوغ ، وبالمنع فى ذلك قال الشافعى والكوفى ، فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ، ومن أجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف أسواقها . واختلف أيضا أصحاب مالك فى القراض بالفلوس ، فمنعه ابن القاسم ، وأجازه أشهب ، وبه قال محمد بن الحسن ؛ وجمهور العلماء مالك والشافعى وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضا قبل أن يقبضه ؛ أما العلة عند مالك فمخافة أن يكون اعسر بماله ، فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه ، فيكون الربا المنهى عنه . وأما العلة عند الشافعى وأبى حنيفة ، فإن ما فى الذمة لايتحول ويعود أمانة . واختلفوا فيمن أمر رجلا أن يقبض دينا له على رجل آخر ، ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه ، لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة ، وهو ما كلفه من قبضه ، وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة فى القراض أنه فاسد ؛ وأجاز ذلك الشافعى والكوفى ، قالوا : لأنه وكله على القبض ، لاأنه جعل القبض شرطا فى المصارفة ، فهذا هو القول فى محله . وأما صفته فهى الصفة التى قدمناها .

الباب الثانى فى مسائل الشروط

وجملة ما لايجوز من الشروط عند الجميع هى ما أدى عندهم إلى غرر أو إلى مجهلة زائدة . ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لايجوز ، لأنه يصير ذلك الذى انعقد عليه القراض مجهولا ، وهذا هو الأصل عند مالك فى أن لايكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع نفسه ، فهذه جملة ما اتفقوا عليه وإن كانوا قد اختلفوا فى التفصيل ؛ فمن ذلك اختلافهم إذا شرط العامل الربح كله له ، فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعى لايجوز ، وقال أبو حنيفة : هو قرض لا قراض ؛ فمالك رأى أنه إحسان من رب المال وتطوع ، إذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير ؛ والشافعى رأى أنه غرر ، لأنه إن كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض ، وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شىء . ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل ، فقال مالك : لا يجوز القراض وهو فاسد ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه ؛ القراض جائز والشرط باطل . وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر فى القراض ففسد ؛ وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد فى البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتمادا على حديث بريرة المتقدم . واختلفوا فى المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف ، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس مّا من السلع ، أو تعيين جنس مّا من البيع ، أو تعيين موضع مّا للتجارة ، أو تعيين صنف مّا من الناس يتجر معهم . فقال مالك والشافعى فى اشتراط جنس من السلع : لايجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لايختلف وقتا مّا من أوقات السنة ؛ وقال أبو حنيفة : يلزمه ما اشترط عليه ، وإن تصرف فى غير ما اشترط عليه ضمن . فمالك والشافعى رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك ؛ وأبو حنيفة استخفّ الغرر الموجود فى ذلك ، كما لو اشترط عليه أن لايشترى جنسا مّا من السلع لكان على شرطه فى ذلك باجماع . ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور ، وأجازه أبو حنيفة إلا أن يتفاسخا ؛ فمن لم يجزه

رأى أن فى ذلك تضييقا على العامل يدخل عليه مزيد غرر ، لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه فى ذلك ضرر ؛ ومن أجاز الأجل شبه القراض بالإجارة ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل فى حصته من الربح ، فقال مالك فى الموطأ : لايجوز ، ورواه عنه أشهب ؛ وقال ابن القاسم : ذلك جائز ، ورواه عن مالك ، وبقول مالك قال الشافعى . وحجة من لم يجزه أنه تعوض حصة العامل ورب المال مجهولة ، لأنه لايدرى كم يكون المال فى حين وجوب الزكاة فيه ، وتشبيها باشتراط زكاة أصل المال عليه : أعنى على العامل ، فإنه لايجوز باتفاق . وحجة ابن القاسم أنه يرجع إلى جزء معلوم النسبة وإن لم يكن معلوم القدر ، لأن الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى ، فكأنه اشترط عليه فى الربح الثلث إلا ربع العشر ، أو النصف إلا ربع العشر ، أو الربع إلا ربع العشر ، وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال ، لأن ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة ، فكان ممكنا أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا ، وهل يجوز أن يشترط ذلك المقارض على رب المال ؟ فى المذهب فيه قولان : قيل بالفرق بين العامل ورب المال ، وقيل يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولا يجوز أن يشترطه رب المال على العامل ؛ وقيل عكس هذا . واختلفوا فى اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال ، فأجازه مالك والشافعى وأبو حنيفة ؛ وقال أشهب من أصحاب مالك : لايجوز ذلك ، فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ، ومن لم يجز ذلك رأى أنها زيادة ازدادها العامل على رب المال . فأما إن اشترط العامل غلامه ، فقال الثورى : لايجوز ، وللغلام فيما عمل أجرة المثل ، وذلك أن حظ العامل يكون عنده مجهولا .

القول فى أحكام القراض

والأحكام ، منها ما هى أحكام القراض الصحيح ، ومنها ما هى أحكام القراض الفاسد . وأحكام القراض الصحيح ، منها ما هى من موجبات العقد ، أعنى أنها تابعة لموجب العقد ، ومختلف فيها هل هى تابعة أو غير تابعة ؟ ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد ، مثل التعدى

والاختلاف وغير ذلك : ونحن نذكر من هذه الأوصاف ما اشتهر عند فقهاء الأمصار . ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول : إنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض ، وأن لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل فى القراض . واختلفوا إذا شرع العامل ، فقال مالك : هو لازم ، وهوعقد يورّث ، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا فى القراض مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة: لكل واحد منهم الفسخ إذا شاء ، وليس هو عقد يورث . فمالك ألزمه بعد الشروع فى العمل لما فيه من ضرر ، ورآه من العقود الموروثة . والفرقة الثانية شبهت الشروع فى العمل بما بعد الشروع فى العمل . ولا خلاف بينهم أن المقارض إنما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينضّ جميع رأس المال ، وأنه إن خسر ثم اتجر ثم ربح جبر الخسران من الربح . واختلفوا فى الرجل يدفع إلى رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ، ثم يعمل فيه فيربح ، فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك ، هل له ذلك أم لا ؟ فقال مالك وجمهور العلماء : إن صدّقه رب المال ، أو دفع رجل مالا قراضا لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقى عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الأول . وقال ابن حبيب من أصحاب مالك إنه يلزمه فى ذلك القول ، ويكون الباقى قراضا ، وهذه المسئلة هى من أحكام الطوارئ ، ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة ، وهى من أحكام العقد .

واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا ؟ على ثلاثة أقوال : فقال الشافعى فى أشهر أقواله : لا نفقة له أصلا إلا أن يأذن له رب المال ؛ وقال قوم : له نفقته ، وبه قال إبراهيم النخعى والحسن ، وهو أحد ما روى عن الشافعى ؛ وقال آخرون : له النفقة فى السفر من طعامه وكسوته ، وليس له شىء فى الحضر ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وجمهور العلماء ، إلا أن مالكا قال : إذا كان المال يحمل ذلك ؛ وقال الثورى : ينفق ذاهبا ولا ينفق راجعا ؛ وقال الليث : يتغدى فى المصر ولا يتعشى ؛ وروى عن الشافعى أن له نفقته فى المرض ، والمشهور عنه مثل قول الجمهور : أن لا نفقة له

في المرض ». وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز . أصله المنافع . وحجة من أجازه أن عليه العمل في الصدر الأول ، ومن أجازه في الحضر شبهه بالسفر . وأجمع علماء الأمصار على أنه لايجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال ، وأن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته ، وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها .

القول في أحكام الطوارئ

واختلفوا إذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ، ثم ضاع المال أو بعضه ؛ فقال مالك : إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدّق فيما ادعاه من الضياع ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : ما أخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ، ثم يقتسمان فضلا إن كان هنالك . واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع . فقال مالك : البيع لازم للعامل ، ورب المال مخير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ، ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة ، وإن شاء تبرأ عنها ؛ وقال أبو حنيفة : بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبه بالوكيل ، إلا أنه قال : يكون رأس المال في ذلك القراض الثمنين ، ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عينا : أعني ثمن تلك السلعة التي تلفت أولا ، والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك . واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض ، فكره ذلك مالك ، وأجازه أبو حنيفة على الإطلاق ، وأجازه الشافعي بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لايتغابن الناس بمثله . ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه ، فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه . ولا أعرف خلافا بين فقهاء الأمصار أنه إن تكارى العامل على السلع إلى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة أنها على العامل لا على رب المال ، لأن رب المال إنما دفع ماله إليه ليتجر به ، فما كان من خسران في المال فعليه ، وكذلك ما زاد على المال واستغرقه . واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض ، فقال مالك : ذلك

لايجوز ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : ذلك جائز ، ويكون الربح بينهما على شرطهما . وحجة مالك أنه كما لايجوز أن يستدين على المقارضة ، كذلك لايجوز أن يأخذ دينا فيها . واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمره به رب المال ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، فإن فعل ضمن ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : له ذلك . والجميع متفقون على أن العامل إنما يجب له أن يتصرف فى عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبا فى أكثر الأحوال ؛ فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس فى الأغلب لم يجزه ؛ ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازه . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث فى العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال ، فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكا : هو تعدّ ويضمن ؛ وقال مالك : ليس بتعد . ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران ، وإن كان ربح فذلك على شرطه ، ثم يكون للذى عمل شرطه على الذى دفع إليه ، فيوفيه حظه مما بقى من المال وقال المزنى عن الشافعي : ليس له إلا أجرة مثله ، لأنه عمل على فساد .

القول فى حكم القراض الفاسد

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل . واختلفوا إذا فات بالعمل مايكون للعامل فيه فى واجب عمله على أقوال: أحدها أنه يرد جميعه إلى قراض مثله ، وهى رواية ابن الماجشون عن مالك ، وهو قوله وقول أشهب . والثانى أنه يرد جميعه إلى إجارة مثله ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبى سلمة من أصحاب مالك ، وحكى عبد الوهاب أنها رواية عن مالك . والثالث أنه يرد إلى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه ، وإنما له الأقل مما سمى أو من قراض مثله إن كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض ، أو الأكثر من قراض مثله ، أو من الجزء الذى سمى له إن كان المقارض هو مشترط الشرط الذى يقتضى الزيادة التى من قبلها فسد القراض ، وهذا القول يتخرج رواية عن مالك . والرابع أنه يرد إلى

قراض مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه فى المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه ، وإلى إجارة مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها مما ليست فى المال وفى كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل ، وهو قول مطرّف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ ، واختاره ابن حبيب ؛ وأما ابن القاسم فاختلف قوله فى القراضات الفاسدة ، فبعضها وهو الأكثر قال : إن فيها أجرة المثل ، وفى بعضها قال : فيها قراض المثل . فاختلف الناس فى تأويل قوله ؛ فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذى ذهب إليه ابن عبد الحكم ومطرف ، وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدى رحمة الله عليه . ومنهم من لم يعلل قوله وقال : إن مذهبه أن كل قراض فاسد ففيه أجرة المثل إلا تلك التى نص فيها قراض المثل وهى سبعة : القراض بالعروض ، والقراض بالضمان ، والقراض إلى أجل ، والقراض المبهم ، وإذا قال له اعمل على أن لك فى المال شركا ، وإذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه فحلفا على دعواهما ، وإذا دفع إليه المال على أن لايشترى به إلا بالدين فاشترى بالنقد ، أو على أن لايشترى إلا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به . وهذه المسائل يجب أن تردّ إلى علة واحدة ، وإلا فهو اختلاف من قول ابن القاسم ، وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم أنه فصّل فقال : إن كان الفساد من جهة العقد رُدّ إلى قراض المثل ، وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل ، والأشبه أن يكون الأمر فى هذا بالعكس . والفرق بين الأجرة وقراض المثل أن الأجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان فى المال ربح أو لم يكن ، وقراض المثل هو على سنة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه ، وإلا فلا شىء له .

القول فى اختلاف المتقارضين

واختلف الفقهاء إذا اختلف العامل ورب المال فى تسمية الجزء الذى تقارضا عليه ، فقال مالك : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ، وكذلك الأمر عنده فى جميع دعاويه إذا أتى بما يشبه ، وقال الليث : يحمل على قراض مثله ، وبه قال مالك إذا أتى بما لايشبه ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : القول قول

رب المال ، وبه قال الثورى ؛ وقال الشافعى : يتحالفان ويتفاسخان ، ويكون له أجرة مثله . وسبب اختلاف مالك وأبى حنيفة اختلافهم فى سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه ، هل ذلك لأنه مدعى عليه ، أو لأنه فى الأغلب أقوى شبهة ؛ فمن قال لأنه مدعى عليه قال القول قول رب المال ؛ ومن قال لأنه أقواهما شبهة فى الأغلب قال : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ؛ وأما الشافعى فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين فى ثمن السلعة . وهذا كاف فى هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب المساقاة

القول فى المساقاة

أما أولا ففى جوازها . والثانى : فى معرفة الفساد والصحة فيها . والثالث : فى أحكامها .

القول فى جواز المساقاة

فأما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبى حنيفة وأحمد وداود ، وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ، ومن الإجارة المجهولة ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجوز المساقاة أصلا . وعمدة الجمهور فى إجازتها حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها » خرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياته « أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » وما رواه مالك أيضا من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر « أُقِرُّكُمْ عَلَى ما أَقَرَّكُمُ اللهُ عَلَى أَنَّ التَّمْرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ » قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ، ثم يقول « إنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وإنْ شِئْتُمْ فَلِي » وكذلك مرسله أيضا عن سليمان بن يسار فى معناه، وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الأثر للأصول مع أنه حكم مع اليهود ، واليهود يحتمل أن يكون أقرهم على أنهم عبيد ، ويحتمل أن يكون أقرهم على أنهم ذمة ، إلا أنا إذا أنزلنا أنهم ذمة كان مخالفا للأصول ، لأنه بيع ما لم يخلق ؛ وأيضا فإنه من المزابنة ، وهو بيع التمر بالتمر متفاضلا ، لأن القسمة بالخرص بيع الخرص ، واستدلوا على مخالفته للأصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة أنه كان يقول لهم عند الخرص « إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين ، وإن شئتم فلى وأضمن نصيبكم » وهذا حرام بإجماع . وربما قالوا إن النهى الوارد عن المخابرة هو ماكان من هذا الفعل بخيبر . والجمهور يرون أن المخابرة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، قالوا : ومما يدل على نسخ هذا الحديث ، أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الأرض بما يخرج منها ، لأن المساقاة تقتضى جواز ذلك ، وهو خاص أيضا فى بعض روايات أحاديث المساقاة ، ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعى ، أعنى بما جاء من « أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » وهى زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر .

القول فى صحة المساقاة

والنظر فى الصحة راجع إلى النظر فى أركانها ، وفى وقتها ، وفى شروطها المشترطة فى أركانها . وأركانها أربعة : المحل المخصوص بها . والجزء الذى تنعقد عليه . وصفة العمل الذى تنعقد عليه . والمدة التى تجوز فيها وتنعقد عليها .

(الركن الأول : فى محل المساقاة) واختلفوا فى محل المساقاة ، فقال داود : لا تكون المساقاة إلا فى النخيل فقط ؛ وقال الشافعى : فى النخل والكرم فقط ؛ وقال مالك : تجوز فى كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة ، وتكون فى الأصول غير الثابتة كالمقاثى والبطيخ مع عجز صاحبها عنها ، وكذلك الزرع ، ولا تجوز فى شىء من البقول عند الجميع إلا ابن دينار ، فإنه أجازها فيه إذا نبتت قبل أن تستغلّ ؛ فعمدة من قصره على

النخل أنها رخصة ، فوجب أن لايتعدى بها محلها الذى جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام ، فوجب تعدية ذلك إلى الغير . وقد يقاس على الرخص عند قوم إذا فهم هنالك أسباب أعم من الأشياء التى علقت الرخص بالنص بها ؛ وقوم منعوا القياس على الرخص ؛ وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة ، فالمساقاة على أصوله مطردة ؛ وأما الشافعى فإنما أجازها فى الكرم من قبل أن الحكم فى المساقاة هو بالخرص ، وقد جاء فى حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص فى النخل والكرم وإن كان ذلك فى الزكاة ، فكأنه قاس المساقاة فى ذلك على الزكاة ، والحديث الذى ورد عن عتاب بن أسيد هو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره أن يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيبا ، كما تؤدى زكاة النخل تمرا » ودفع داود حديث عتاب ابن أسيد لأنه مرسل ، ولأنه انفرد به عبد الرحمن بن إسحاق وليس بالقوى . واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار ، هل يجوز أن تساقى الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض ؟ فذهب إلى جواز ذلك طائفة ، وبه قال صاحبا أبى حنيفة والليث وأحمد والثورى وابن أبى ليلى وجماعة ؛ وقال الشافعى وأهل الظاهر : لا تجوز المساقاة إلا فى الثمر فقط ؛ وأما مالك فقال : إذا كانت الأرض تبعا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها فى المساقاة اشترط جزءا خارجا منها أو لم يشترطه ، وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه ، أعنى أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فما دونه ، ولم يجز أن يشترط رب الأرض أن يزرع البياض لنفسه ، لأنها زيادة ازدادها عليه ؛ وقال الشافعى : ذلك جائز (١) ؛ وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعا ، أعنى على الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم ؛ وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهى عن كراء الأرض بما يخرج منها فى حديث رافع بن خديج ، وقد تقدم

---

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله متناقض فى النقل عن الشافعى ، فإنه نقل عنه أولا أنه لايجوز إلا فى الثمرة وهنا أنه تجوز المساقاة فى الأرض والنخل معا فلعل له قولين ، تأمل اهـ مصححه .

ذلك ؛ وقال أحمد بن حنبل : أحاديث رافع مضطربة الألفاظ ، وحديث ابن عمر أصح . وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف ، وهو استحسان مبنى على غير الأصول ، لأن الأصول تقتضى أنه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد . ومنها اختلافهم فى المساقاة فى البقل ؛ فأجازها مالك والشافعى وأصحابه ومحمد بن الحسن ؛ وقال الليث : لاتجوز المساقاة فى البقل ، وإنما أجازها الجمهور لأن العامل وإن كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه أعمال أخر ، مثل الإبار وغير ذلك ؛ وأما الليث فيرى السقى بالماء هو الفعل الذى تنعقد عليه المساقاة ، ولمكانه وردت الرخصة فيه .

(الركن الثانى) وأما الركن الذى هو العمل ، فإن العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذى يجب على العامل هو السقى والإبار . واختلفوا فى الجذاذ على من هو؟ وفى سد الحظار وتنقية العين والسانية . أما مالك فقال فى الموطأ : السنة فى المساقاة التى يجوز لرب الحائط أن يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر ، هذا وأشباهه هو على العامل ، وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه فى المساقاة بالشرط ، ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعى : ليس عليه سد الحظار لأنه ليس من جنس ما يؤثر فى زيادة الثمرة مثل الإبار والسقى . وقال محمد بن الحسن : ليس عليه تنقية السوانى والأنهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعى : هو على العامل ، إلا أن مالكا قال : إن اشترطه العامل على رب المال جاز ؛ وقال الشافعى : لايجوز شرطه وتنفسخ المساقاة إن وقع ؛ وقال محمد بن الحسن : الجذاذ بينهما نصفان ؛ وقال المحصلون من أصحاب مالك : إن العمل فى الحائط على وجهين : عمل ليس له تأثير فى إصلاح الثمرة ، وعمل له تأثير فى إصلاحها . والذى له تأثير فى إصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر ، ومنه ما لا يبقى بعد الثمر . فأما الذى ليس له تأثير فى إصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقاة لابنفس العقد ولا بالشرط إلا الشىء اليسير منه . وأما ماله تأثير فى إصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لابنفس العقد ، مثل إنشاء حفر بئر ، أو إنشاء ظفيرة للماء ، أو إنشاء غرس ، أو إنشاء بيت يجنى فيه الثمر . وأما ما له تأثير فى إصلاح الثمر ولا يتأبد ، فهو لازم بنفس

العقد ، وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك ؛ وأجمعوا على أن ما كان فى الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل . واختلفوا فى شرط العامل ذلك على المساقى ، فقال مالك : يجوز ذلك فيما كان منها فى الحائط قبل المساقاة . وأما إن اشترط فيها ما لم يكن فى الحائط فلا يجوز ؛ وقال الشافعى : لابأس بذلك وإن لم يكن فى الحائط ، وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك ؛ وقال محمد بن الحسن : لايجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ؛ ووجه كراهيته ذلك ما يلحق فى ذلك من الجهل بنصيب رب المال ؛ ومن أجازه رأى أن ذلك تافه ويسير ، ولتردد الحكم بين هذين الأصلين استحسن مالك ذلك فى الرقيق الذى يكون فى الحائط فى وقت المساقاة ومنعه فى غيرهم ، لأن اشتراط المنفعة فى ذلك أظهر ، وإنما فرق محمد بن الحسن لأن اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة ، وهو العمل بيده . واتفق القائلون بالمساقاة على أنه إن كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل إلا ما يعمل بيده أن ذلك لايجوز ، لأنها إجارة بما لم يخلق ، فهذه هى صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

(الركن الثالث) وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر ، فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل فى القراض ، وقد قيل إن ذلك منحة لامساقاة ، وقيل لايجوز . واتفقوا على أنه لايجوز فيها اشتراط منفعة زائدة ، مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئا من الأشياء الخارجة عن المساقاة إلا الشىء اليسير عند مالك مثل سد الحظار وإصلاح الظفيرة وهى مجتمع الماء ؛ ولا يجوز عند مالك أن يساقى على حائطين : أحدهما على جزء ، والآخر على جزء آخر ، واحتج بفعله عليه الصلاة والسلام فى خيبر ، وذلك أنه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد ؛ وفيه خلاف . وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى فى الثمر لاتكون إلا بالكيل ، وكذلك فى الشركة ، وأنها لاتجوز بالخرص ؛ وأجاز قوم قسمتها بالخرص . واختلف فى ذلك أصحاب مالك ، واختلفت الرواية عنه ، فقيل يجوز ، وقيل لايجوز من الثمار فى الربوية ويجوز فى غير ذلك ، وقيل يجوز بإطلاق إذ

اختلفت حاجة الشريكين . وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر ، وبيع الطعام بالطعام نسيئة . وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص فى الزكاة ، وفيه ضعف . وأقوى ما اعتمدوا عليه فى ذلك ما جاء من الخرص فى مساقاة خيبر من مرسل سعيد ابن المسيب وعطاء بن يسار .

(الركن الرابع) وأما اشتراط الوقت فى المساقاة فهو صنفان : وقت هو مشترط فى جواز المساقاة ، ووقت هو شرط فى صحة العقد ، وهو المحدد لمدتها . فأما الوقت المشترط فى جواز عقدها فإنهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدوّ الصلاح . واختلفوا فى جواز ذلك بعد بدوّ الصلاح ، فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لايجوز بعد الصلاح . وقال سحنون : من أصحاب مالك لابأس بذلك . واختلف قول الشافعى فى ذلك ؛ فمرة قال : لا يجوز ، ومرة قال : يجوز ، وقد قيل عنه إنها لاتجوز إذا خلق التمر . وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدا صلاحه من التمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية إلى المساقاة إذ كان يجوز بيعه فى ذلك الوقت ؛ قالوا : وإنما هى إجارة إن وقعت . وحجة من أجازها أنه إذا جازت قبل أن يخلق التمر فهى بعد بدوّ الصلاح أجوز ، ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لأنه يجوز بيعها ، أعنى عند الجمهور . وأما الوقت الذى هو شرط فى مدة المساقاة ، فإن الجمهور على أنه لايجوز أن يكون مجهولا : أعنى مدة غير مؤقتة ، وأجاز طائفة أن يكون إلى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر . وعمدة الجمهور مايدخل فى ذلك من الغرر قياسا على الإجارة ؛ وعمدة أهل الظاهر ما وقع فى مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم « أقركم ما أقركم الله » وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين ، وانقضاء السنين فيها هو بالجذ لابالأهلة . وأما هل اللفظ شرط فى هذا العقد ، فاختلفوا فى ذلك ؛ فذهب ابن القاسم إلى أن من شرط صحتها أن لاتنعقد إلا بلفظ المساقاة ، وأنه ليس تنعقد بلفظ الإجارة ، وبه قال الشافعى ؛ وقال غيرهم : تنعقد بلفظ الإجارة ، وهو قياس قول سحنون .

القول فى أحكام الصحة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لابالعمل بخلاف القراض عنده الذى ينعقد بالعمل لاباللفظ ، وهو عند مالك عقد موروث ، ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين يعمل إن لم يكونوا أمناء، وعليه العمل إن أبى الورثة من تركته ؛ وقال الشافعى إذا لم يكن له تركة سلم إلى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد ، وإن كانت له تركة لزمته المساقاة ؛ وقال الشافعى : تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل ؛ وقال مالك إذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وإن يكن له شىء استؤجر من حظه من الثمر ، وإذا كان العامل لصا أو ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك . وحكى عن الشافعى أنه قال : يلزمه أن يقيم غيره للعمل ؛ وقال الشافعى : إذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضى عليه من يعمل عمله ، ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ، ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله فى الشركاء : وإذا اختلف رب المال والعامل فى مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر ، فقال مالك : القول قول العامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه ؛ وقال الشافعى : يتحالفان ويتفاسخان ، وتكون للعامل الأجرة شبهه بالبيع ؛ وأوجب مالك اليمين فى حق العامل لأنه مؤتمن ، ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة . وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن التى اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هى هذه التى ذكرناها .

أحكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا على أن المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الذى جوّزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تفت بالعمل . واختلفوا إذا فاتت بالعمل ما ذا يجب فيها ؟ فقيل إنها تردّ إلى إجارة المثل فى كل نوع من أنواع الفساد ، وهو قياس قول الشافعى وقياس إحدى الروايتين عن مالك ؛ وقيل إنها ترد إلى مساقاة المثل بإطلاق ، هو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك ؛ وأما ابن القاسم فقال فى بعضها :

ترد إلى مساقاة مثلها ، وفى بعض ا : إلى إجارة المثل . واختلف التأويل عنه فى ذلك ، فقيل فى مذهبه إنها ترد إلى إجارة المثل إلا فى أربع مسائل فإنها ترد إلى مساقاة مثلها : إحداها المساقاة فى حائط فيه تمر قد أطعم . والثانية إذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه . والثالثة المساقاة مع البيع فى صفقة واحدة. والرابعة إذا ساقاه فى حائط سنة على الثلث وسنة على النصف ؛ وقيل إن الأصل عنده فى ذلك أن المساقاة إذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الإجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه ، وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها إلى أجرة المثل ، مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم ، وذلك أن هذه الزيادة إن كانت من رب الحائط كانت إجارة فاسدة ، وإن كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد إلى مساقاة المثل ، وهذا كله استحسان جار على غير قياس . وفى المسئلة قول رابع ، وهو أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذى شرط عليه إن كان للمساقى ، أو أقل إن كان الشرط للمساقى ، وهذا كاف بحسب غرضنا .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الشركة

والنظر فى الشركة ، فى أنواعها ، وفى أركانها الموجبة للصحة فى الأحكام ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه ، وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه فى هذا الكتاب . والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع : شركة العنان : وشركة الأبدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه . واحدة منها متفق عليها ، وهى شركة العنان ، وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ ، وإن كانوا اختلفوا فى بعض شروطها على ماسيأتى بعد . والثلاثة مختلف فيها ، ومختلف فى بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

القول فى شركة العنان

وأركان هذه الشركة ثلاثة : الأول : محلها من الأموال . والثانى : فى معرفة

قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث فى معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

(الركن الأول) فأما محل الشركة ، فمنه مااتفقوا عليه ، ومنه ما اختلفوا فيه ؛ فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز فى الصنف الواحد من العين : أعنى الدنانير والدراهم ، وإن كانت فى الحقيقة بيعا لاتقع فيه مناجزة ، ومن شرط البيع فى الذهب وفى الدراهم المناجزة ، لكن الإجماع خصص هذا المعنى فى الشركة ؛ وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا فى الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة ، مثل الشركة بالدنانير . من أحدهما والدراهم من الآخر ، وبالطعام الربوى إذا كان صنفا واحدا ، فههنا ثلاث مسائل :

(المسئلة الأولى) فأما إذا اشتركا فى صنفين من العروض ، أو فى عروض ودراهم أو دنانير ، فأجاز ذلك ابن القاسم ، وهو مذهب مالك ، وقد قيل عنه إنه كره ذلك . وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع ، وذلك أن يكون العرضان مختلفين ، كأن كل واحد منهما باع جزءا من عرضه بجزء من العرض الآخر ؛ ومالك يعتبر فى العروض إذا وقعت فيها الشركة القيم ؛ والشافعى يقول : لاتنعقد الشركة إلا على أثمان العروض ؛ وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعى يشير إلى أن الشركة مثل القراض لا تجوز إلا بالدراهم والدنانير ، قال : والقياس أن الإشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

(المسئلة الثانية) وأما إن كان الصنفان مما لايجوز فيهما النَّساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر ، أو بالطعامين المختلفين ، فاختلف فى ذلك قول مالك ، فأجازه مرة ، ومنعه مرة ، وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معا وعدم التناجز ، ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز ؛ وبالمنع قال ابن القاسم ، ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها .

(المسئلة الثالثة) وأما الشركة بالطعام من صنف واحد ، فأجازها ابن القاسم قياسا على إجماعهم على جوازها فى الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك فى أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذى يدخل فيه ، إذ

رأى أن الأصل هو أن لايقاس على موضع الرخصة بالإجماع ؛ وقد قيل إن وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر إلى الاستواء فى القيمة ، والبيع يفتقر إلى الاستواء فى الكيل ، فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد إلى استواء القيمة والكيل وذلك لايكاد يوجد ، فكره مالك ذلك ؛ فهذا هو

استواء القيمة والكيل وذلك لايكاد يوجد ، فكره مالك ذلك فهذا هو

اختلافهم فى جنس محل الشركة . واختلفوا هل من شرط مال الشركة أن يختلطا إما حسا وإما حكما ، مثل أن يكونا فى صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما ؛ وقال الشافعى : لاتصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطا لايتميز به مال أحدهما من مال الآخر ؛ وقال أبو حنيفة : تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده . فأبو حنيفة اكتفى فى انعقاد الشركة بالقول ؛ ومالك اشترط إلى ذلك اشتراك التصرف فى المال ؛ والشافعى اشترط إلى هذين الاختلاط . والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ، لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه ، فهذا هو القول فى هذا الركن وفى شروطه .

(فأما الركن الثانى) وهو وجه اقتسامهما الربح ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعا لرءوس الأموال ، أعنى إن كان أصل مال الشركة متساويين كان الربح بينهما نصفين . واختلفوا هل يجوز أن يختلف رءوس أموالهما ويستويان فى الربح ؟ فقال مالك والشافعى : ذلك لايجوز ؛ وقال أهل العراق : يجوز ذلك . وعمدة من منع ذلك أن تشبيه الربح بالخسران ، فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءا من الخسران لم يجز كذلك إذا اشترط جزءا من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين : أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة . وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض ، وذلك أنه لما جاز فى القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه ، والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملا فقط كان فى الشركة أحرى أن يجعل للعمل جزء من المال إذا كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا ، فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه ، فإن الناس يتفاوتون فى العمل كما يتفاوتون فى غير ذلك .

(وأما الركن الثالث) الذى هو العمل ، فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال

فلا يعتبر بنفسه ، وهو عند أبى حنيفة يعتبر مع المال ؛ وأظن أن من العلماء من لايجيز الشركة إلا أن يكون مالاهما متساويين التفاتا إلى العمل ، فإنهم يرون أن العمل فى الغالب مستو فإذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما فى العمل ، ولهذا قال ابن المنذر : أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين ما لامثل مال صاحبه من نوعه : أعنى دراهم أو دنانير ، ثم يخلطانهما حتى يصيرا مالا واحدا لايتميز . على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة ، وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين ، وما كان من خسارة فهو كذلك ، وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه ، واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا ، والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

القول فى شركة المفاوضة

واختلفوا فى شركة المفاوضة ؛ فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها ، وإن كان اختلفوا فى بعض شروطها ؛ وقال الشافعى : لاتجوز . ومعنى شركة المفاوضة أن يفوّض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف فى ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم فى جميع أنواع الممتلكات . وعمدة الشافعى أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال ، فإن الأرباح فروع ، ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها ؛ وأما إذا اشترط كل واحد منهما ربحا لصاحبه فى ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لايجوز ، وهذه صفة شركة المفاوضة . وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءا من ماله بجزء من مال شريكه ، ثم وكل واحد منهما صاحبه على النظر فى الجزء الذى بقى فى يده . والشافعى يرى أن الشركة ليست هى بيعا ووكالة . وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله فى أنه لايراعى فى شركة العنان إلا النقد فقط . وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة ، فإن أباحنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوى فى رءوس الأموال ؛ وقال مالك : ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان ؛ وقال أبو حنيفة : لايكون لأحدهما شىء

إلا أن يدخل فى الشركة . وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الأمرين ، أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما .

القول فى شركة الأبدان

وشركة الأبدان بالجملة عند أبى حنيفة والمالكية جائزة ، ومنع منها الشافعى . وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال ، لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم ، إذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه . وعمدة المالكية اشتراك الغانمين فى الغنية ، وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل . وما روى من أن ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر ، فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئا ، فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم عليهما . وأيضا فان المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة ؛ وللشافعى أن المفارضة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها ، وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجا عن الشركة ؛ ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان ؛ وقال أبو حنيفة : تجوز مع اختلاف الصنعتين ، فيشترك عنده الدباغ والقصار ، ولا يشتركان عند مالك . وعمدة مالك زيادة الغرر الذى يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان . وعمدة أبى حنيفة جواز الشركة على العمل .

القول فى شركة الوجوه

وشركة الوجوه عند مالك والشافعى باطلة ؛ وقال أبو حنيفة : جائزة . وهذه الشركة هى الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال . وعمدة مالك والشافعى أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل ، وكلاهما معدومان فى هذه المسئلة مع ما فى ذلك من الغرر ، لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص ؛ وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

القول فى أحكام الشركة الصحيحة

وهى من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة : أى لأحد الشريكين أن

ينفصل من الشركة متى شاء ، وهى عقد غير موروث ، ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة إذا تقاربا فى العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض وأن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، ولا يجوزله أن يهب شيئا من مال الشركة ، ولا أن يتصرف فيه إلا تصرفا يرى أنه نظر لهما ؛ وأما من قصر فى شىء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض ، فإنه يضمن لأنه قصر إذ لم يشهد ، وله أن يقبل الشىء المعيب فى الشراء وإقرار أحد الشريكين فى مال لمن يتهم عليه لا يجوز ، وتجوز إقالته وتوليته ، ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ، ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بإذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه فى مال التجارة ، وفروع هذا الباب كثيرة .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم)

كتاب الشفعة

والنظر فى الشفعة أولا فى قسمين : القسم الأول : فى تصحيح هذا الحكم وفى أركانه . القسم الثانى : فى أحكامه .

(القسم الأول) فأما وجوب الحكم بالشفعة ، فالمسلمون متفقون عليه ، لما ورد فى ذلك من الأحاديث الثابتة ، إلا ما يتأمل على من لا يرى بيع الشقص المشاع ، وأركانها أربعة : الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الأخذ بالشفعة .

(الركن الأول) وهو الشافع ، ذهب مالك والشافعى وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم ؛ وقال أهل العراق : الشفعة مرتبة ، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم ، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت فى الطرق أو فى الصحن شركة ، ثم الجار الملاصق ؛ وقال أهل المدينة : لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم . وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة ،

وحديث جابر أيضا « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » خرجه مسلم والترمذى وأبو داود . وكان أحمد بن حنبل يقول : حديث معمر عن الزهرى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن أصح ما روى فى الشفعة . وكان ابن معين يقول : مرسل مالك أحبّ إلىّ ، إذ كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفا ، وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب فى إسناده توهينا له ، وقد روى عن مالك فى غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبى هريرة ، ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهى أحرى أن لاتكون واجبة للجار ، وأيضا فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم . وعمدة أهل العراق حديث أبى رافع عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ » وهو حديث متفق عليه ، وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « جارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الجارِ » وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم أيضا أنه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة ، وكان هذا المعنى موجودا فى الجار وجب أن يلحق به ؛ ولأهل المدينة أن يقولوا : وجود الضرر فى الشركة أعظم منه فى الجوار . وبالجملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضى أن لايخرج ملك أحد من يده إلا برضاه ، وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص ، وقد تعارضت الآثار فى هذا الباب ، فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول ، ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ولأهل المدينة من الصحابة .

(الركن الثانى) وهو المشفوع فيه ، اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة فى الدور والعقار والأرضين كلها ، واختلفوا فيما سوى ذلك . فتحصيل مذهب مالك أنها فى ثلاثة أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين . والثانى ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لاينقل ولا يحوّل ، وذلك كالبئر ومحالّ النخل ، مادام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل الذى هو الأرض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم . والثالث ما تعلق بهذه كالثمار ، وفيها عنه خلاف ، وكذلك كراء

الأرض للزرع وكتابة المكاتب . واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا ، وأما ماعدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده ، وكذلك لاشفعة عنده فى الطريق ولا فى عرصة الدار . واختلف عنه فى أكرية الدور وفى المساقاة وفى الدين ، هل يكون الذى عليه الدين أحق به ، وكذلك الذى عليه الكتابة؛ وبه قال عمر بن عبد العزيز . وروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين » وبه قال أشهب من أصحاب مالك ؛ وقال ابن القاسم : لاشفعة فى الدين . ولم يختلفا فى إيجابها فى الكتابة لحرمة العتق . وفقهاء الأمصار على أن لاشفعة إلا فى العقار فقط . وحكى عن قوم أن الشفعة فى كل شىء ماعدا المكيل والموزون ؛ ولم يجز أبو حنيفة الشفعة فى البئر والفحل ، وأجازها فى العرصة والطريق ؛ ووافق الشافعى مالكا فى العرصة وفى الطريق وفى البئر ، وخالفاه جميعا فى الثمار . وعمدة الجمهور فى قصر الشفعة على العقار ما ورد فى الحديث الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام « الشُّفْعَةُ فيما لَمْ يُقْسَمْ فإذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ » فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم ، وهذا استدلال بدليل الخطاب ، وقد أجمع عليه فى هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم فى صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها فى كل شىء فما خرجه الترمذى عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الشَّرِيكُ شَفِيعٌ والشُّفْعَةُ فى كُلِّ شىْءٍ » ولأن معنى ضرر الشركة والجوار موجود فى كل شىء وإن كان فى العقار أظهر ؛ ولما لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار . واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة فى البئر بما روى « لاشُفْعَةَ فى بئْرٍ » ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الأرض الموات ، لا التى تكون فى أرض متملكة .

(الركن الثالث) وأما المشفوع عليه فإنهم اتفقوا على أنه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار . واختلفوا فيمن انتقل إليه الملك بغير شراء ، فالمشهور عند مالك . أن الشفعة إنما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرش الجنايات وغير ذلك ، وبه قال الشافعى ؛ وعنه رواية ثانية أنها تجب بكل ملك انتقل

بعوض أو بغير عوض ، كالهبة لغير الثواب والصدقة ، ماعدا الميراث فإنه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق . وأما الحنفية فالشفعة عندهم فى المبيع فقط ، وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث ، وذلك أن مفهومها يقتضى أنها فى المبيعات بل ذلك نص فيها لا فى بعضها فلا بيع حتى يستأذن شريكه . وأما المالكية فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو فى معنى البيع ، ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط . وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبى حنيفة ولا الشافعى ؛ أما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده فى المبيع ، وأما الشافعى فلأن هبة الثواب عنده باطلة ، وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة . واتفق العلماء على أن المبيع الذى بالخيار أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لاتجب حتى يجب البيع . . واختلفوا إذا كان الخيار للمشترى ؟ فقال الشافعى والكوفيون : الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه ، وقيل إن الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك . واختلف فى الشفعة فى المساقاة ، وهى تبديل أرض بأرض ؛ فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث أن تكون المناقلة بين الأشراك أو الأجانب فلم يرها فى الأشراك ورآها فى الأجانب .

(الركن الرابع فى الأخذ بالشفعة) والنظر فى هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع ، وكم يأخذ ، ومتى يأخذ ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يأخذ فى البيع بالثمن إن كان حالا ؛ واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالا ، وهو مخير ؟ فقال مالك : يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليا أو يأتى بضامن ملىء ، وقال الشافعى : الشفيع مخير ، فإن عجل تعجلت الشفعة وإلا تتأخر إلى وقت الأجل ، وهو نحو قول الكوفيين ؛ وقال الثورى لايأخذها إلا بالنقد لأنها قد دخلت فى ضمان الأول ، قال : ومنا من يقول تبقى فى يد الذى باعها ، فإن بلغ الأجل أخذها الشفيع . والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات مما ليس ببيع ، فالمعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص إن كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى فى خلع . وإما أن يكون معطى فى شىء

يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا ، فإنه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذى دفع الشقص فيه ؛ وإن كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر ، مثل أن يدفع الشقص فى موضحة وجبت عليه أو منقلة ، فإنه يأخذه بدية الموضحة أو المنقلة . وأما كم يأخذ ؟ فإن الشفيع لايخلو أن يكون واحدا أو أكثر ، والمشفوع عليه أيضا لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر . فأما أن الشفيع واحد والمشفوع عليه واحدا فلا خلاف فى أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع ، وأما إذا كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فإنهم اختلفوا من ذلك فى موضعين : أحدهما فى كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم . والثانى إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا ؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء فى المال الذى ورثوه ، لأنهم أهل سهم واحد ، وبعضهم لأنهم عصبة .

(فأما المسئلة الأولى) وهى كيفية توزيع المشفوع فيه ، فإن مالكا والشافعى وجمهور أهل المدينة يقولون : إن المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم ، فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع . وقال الكوفيون : هى على عدد الرءوس على السواء ، وسواء فى ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر . وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم ، فوجب أن يتوزع على مقدار الأصل ، أصله الأكرية فى المستأجرات المشتركة والربح فى شركة الأموال ؛ وأيضا فإن الشفعة إنما هى لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء ، لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة . وعمدة الحنفية أن وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوى ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم فى نفس الملك ، وربما شبهوا ذلك بالشركاء فى العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوّم على المعتقين على السوية : أعنى حظ من لم يعتق .

(وأما المسئلة الثانية) فإن الفقهاء اختلفوا فى دخول الأشراك الذين هم عصبة فى الشفعة مع الأشراك الذين شركتهم من قبل السهم الواحد فقال مالك : أهل

السهم الواحد أحق بالشفعة إذا باع أحدهم من الأشراك معهم فى المال من قبل التعصيب ، وأنه لايدخل ذو العصبة فى الشفعة على أهل السهام المقدرة ويدخل ذوو السهام على ذوى التعصيب ، مثل أن يموت ميت فيترك عقارا ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تبيع البنت الواحدة حظها ، فإن البنت الثانية عند مالك هى التى تشفع فى ذلك الحظ الذى باعته أختها فقط دون ابنى العم ، وإن باع أحد ابنى العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثانى ، وبهذا القول قال ابن القاسم .
وقال أهل الكوفة : لايدخل ذوو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى السهام ، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة ، وبه قال أشهب .
وقال الشافعى فى أحد قوليه : يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على ذوى السهام ، وهو الذى اختاره المزنى ، وبه قال المغيرة من أصحاب مالك
وعمدة مذهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ، ولم يفصل ذوى سهم من عصبة . ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلأنه رأى أن الشركة مختلفة الأسباب : أعنى بين ذوى السهام وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الأسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالأموال . ومن أدخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ، ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوى السهام أقعد من العصبة . وأما إذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثانى ، فقال ابن القاسم : إما أن يأخذ الكل أو يدع ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى : له أن يشفع على أيهما أحب ، وبه قال أشهب . فأما إذا باع رجلان شقصا من رجل ، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثانى ، فإن أبا حنيفة منع ذلك ، وجوزه الشافعى . وأما إذا كان الشافعون أكثر من واحد : أعنى الأشراك ، فأراد بعضهم أن يشفع وسلم له الباقى فى البيوع ، فالجمهور على أن للمشترى أن أن يقول للشريك إما أن تشفع فى الجميع أو تترك ، وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه إلا أن يوافقه المشترى على ذلك ، وأنه ليس له أن يبعض الشفعة على المشترى إن لم يرض بتبعيضها . وقال أصبغ من أصحاب مالك : إن كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا بالمشترى لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته

فقط . ولا خلاف فى مذهب مالك أنه إذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضرا ، فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط أنه ليس له ذلك ، إلا أن يأخذ الكل أو يدع ، فإذا قدم الغائب فإن شاء أخذ وإن شاء ترك . واتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع . واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة فى حال البيع ، وأن تكون ثابتة قبل البيع ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) وهى إذا لم يكن شريكا فى حال البيع ، وذلك يتصور بأن يكون يتراخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الأسباب التى لايقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا . فروى أشهب أن قول مالك اختلف فى ذلك ، فمرة قال : له الأخذ بالشفعة ، ومرة قال : ليس له ذلك؛ واختار أشهب أنه لاشفعة له ، وهو قياس قول الشافعى والكوفيين ، لأن المقصود بالشفعة إنما هو إزالة الضرر من جهة الشركة ، وهذا ليس بشريك . وقال ابن القاسم : له الشفعة إذا كان قيامه فى أثره ، لأنه يرى أن الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه .

(وأما المسئلة الثانية) فصورتها أن يستحق إنسان شقصا فى أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما ، هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا ؟ فقال قوم : له ذلك ، لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ، ولا فرق فى ذلك كانت يده عليه أو لم تكن ؛ وقال قوم : لاتجب له الشفعة ، لأنه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق ، قالوا : ألا ترى أنه لايأخذ الغلة من المشترى ؛ فأما مالك فقال : إن طال الزمان فلا شفعة ، وإن لم يطل ففيه الشفعة ، وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة ؟ فإن الذى له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفعته ما لم يعلم ببيع شريكه ؛ واختلفوا إذا علم وهو غائب ؛ فقال قوم : تسقط شفعته ؛ وقال قوم : لاتسقط ، وهو مذهب مالك ، والحجة له ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال « الجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ » أو قال « بِشُفْعَتِهِ يَنْتَظِرُ بِهَا إذَا كَانَ غَائِبا » وأيضا فإن الغائب فى الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة ، فوجب عذره . وعمدة الفريق الثانى أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها . وأما الحاضر ، فإن الفقهاء اختلفوا

فى وقت وجوب الشفعة له ، فقال الشافعى وأبو حنيفة : هى واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب ، فإن علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته ، إلا أن أبا حنيفة قال : إن أشهد بالأخذ لم تبطل وإن تراخى . وأما مالك فليست عنده على الفور ، بل وقت وجوبها متسع ، واختلف قوله فى هذا الوقت هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود وأنها لاتنقطع أبدا إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ؛ ومرة حدد هذا الوقت ، فروى عنه السنة وهو الأشهر ، وقيل أكثر من سنة ، وقد قيل عنه إن الخمسة أعوام لاتنقطع فيها الشفعة . واحتج الشافعى بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقَالِ » وقد روى عن الشافعى أن أمدها ثلاثة أيام . وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لايبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على إسقاطه ، وكان هذا أشبه بأصول الشافعى ، لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل ، وإن اقترنت به أحوال تدل على رضاه ، ولكنه فيما أحسب اعتمد الأثر ، فهذا هو القول فى أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقى القول فى الأحكام .

القسم الثانى القول فى أحكام الشفعة

وهذه الأحكام كثيرة ، ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار ، فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لايورث كما أنه لايباع ؛ وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياسا على الأموال وقد تقدم . سبب الخلاف فى هذه المسائل فى مسئلة الرد بالعيب ، ومنها اختلافهم فى عهدة الشفيع هل هى على المشترى أو على البائع ؟ فقال مالك والشافعى : هى على المشترى ؛ وقال ابن أبى ليلى : هى على البائع . وعمدة مالك أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشترى وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة . وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع ، فطروّها على البيع فسخ له وعقد لها . وأجمعوا على أن الإقالة لاتبطل الشفعة من رأى أنها بيع ، ومن رأى أنها

نسخ : أعنى الإقالة . واختلف أصحاب مالك على مَن عهدةُ الشفيع فى الإقالة ؟ فقال ابن القاسم : على المشترى ؛ وقال أشهب : هو مخير . ومنها اختلافهم إذا أحدث المشترى بناء أو غرسا أو ما يشبه فى الشقص قبل قيام الشفيع ، ثم قام الشفيع يطلب شفعته ، فقال مالك : لاشفعة إلا أن يعطى المشترى قيمة ما بنى وما غرس ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة : هو متعدٍّ وللشفيع أن يعطيه قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقضه . والسبب فى اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشترى الذى يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى فى الأرض وغرس ، وذلك أنه وسَطٌ بينهما ، فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ، ومن غلب عليه شبه التعدى قال : له أن يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضا. ومنها اختلافهم إذا اختلف المشترى والشفيع فى مبلغ الثمن ، فقال المشترى : اشتريت الشقص بكذا ، وقال الشفيع : بل اشتريته بأقل ، ولم يكن لواحد منهما بينة ، فقال جمهور الفقهاء : القول قول المشترى ، لأن الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف فى ذلك بعض التابعين فقالوا : القول قول الشفيع ، لأن المشترى قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف له به . وأما أصحاب مالك فاختلفوا فى هذه المسئلة ، فقال ابن القاسم : القول قول المشترى إذا أتى بما يشبه باليمين ، فإن أتى بما لايشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب : إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشترى بلا يمين وفيما لايشبه باليمين . وحكى عن مالك أنه قال : إذا كان المشترى ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد فى الثمن قبل قول المشترى بغير يمين وقيل إذا أتى المشترى بما لايشبه رد الشفيع إلى القيمة ؛ وكذلك فيما أحسب إذا أتى كل واحد منهما بما لايشبه . واختلفوا إذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع إلى الأصل من أن القوْل قوْل المشترى مع يمينه . وقال أشهب : البينة بينة المشترى لأنها زادت علما .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القسمة

والأصل في هذا الكتاب قوله ـ وإذَا حَضَرَ القِسْمَةَ أولوا القُرْبَى ـ وقوله ـ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أوْ كَثُرَ نَصِيبا مَفْرُوضا ـ وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيُّمَا دَارٍ قُسِّمَتْ في الجاهلِيةِ فهِيَ عَلَى قِسْمِ الجاهلِيَّةِ وأيُّمَا دَارٍ أدْرَكَهَا الإسْلامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الإسْلامِ » والنظر في هذا الكتاب في القاسم والمقسوم عليه والقسمة والنظر في القسمة في أبواب . الباب الأول : في أنواع القسمة . الثاني : في تعيين محل نوع نوع من أنواعها : أعنى ما يقبل القسمة وما لايقبلها ، وصفة القسمة فيها وشروطها أعنى فيما يقبل القسمة . الثالث : في معرفة أحكامها .

الباب الأول في أنواع القسمة

والنظر في القسمة ينقسم أولا إلى قسمين : قسمة رقاب الأموال . والثانى : منافع الرقاب .

(القسم الأول من هذا الباب) فأما قسمة الرقاب التى لاتكال ولا توزن ، فتقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام : قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل . وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

(القسم الثانى) وأما الرقاب ، فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : ما لاينقل ولا يحول ، وهى الرباع والأصول . وما ينقل ويحول ، وهذان قسمان : إما غير مكيل ولا موزون ، وهو الحيوان والعروض ؛ وإما مكيل أو موزون . ففى هذا الباب ثلاثة فصول : الأول : في الرباع . والثانى : في العروض . والثالث : في المكيل والموزون .

الفصل الأول في الرباع

فأما الرباع والأصول ، فيجوز أن تقسم بالتراضى وبالسهمة إذا عدلت

بالقيمة ، اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا ، وإن كانوا اختلفوا فى محل ذلك وشروطه . والقسمة لاتخلو أن تكون فى محل واحد أو فى محال كثيرة ، فإذا كانت فى محل واحد فلا خلاف فى جوازها إذا انقسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك . وأما إذا انقسمت إلى ما لامنفعة فيه ، فاختلف فى ذلك مالك وأصحابه ، فقال مالك : إنها تقسم بينهم إذا دعا أحدهم إلى ذلك ولو لم يصر لواحد منهم إلا ما لامنفعة فيه مثل قدر القدم ، وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، وعمدتهم فى ذلك قوله تعالى ـ مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا ـ وقال ابن القاسم : لايقسم إلا أن يصير لكل واحد فى حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع من قبل القسمة ، وإن كان لايراعى فى ذلك نقصان الثمن : وقال ابن الماجشون : يقسم إذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به ، وإن كان من غير جنس المنفعة التى كانت فى الاشتراك أو كانت أقل . وقال مطرف من أصحابه : إن لم يصر فى حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وإن صار فى حظ بعضهم ما ينتفع به ، وفى حظ بعضهم مالاينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير ، وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ، ولا يجبر إن دعا صاحب النصيب الكثير ، وقيل بعكس هذا وهو ضعيف : واختلفوا من هذا الباب فيما إذا قسم انتقلت منفعته إلى منفعة أخرى مثل الحمام ، فقال مالك : يقسم إذا طلب ذلك أحد الشريكين ، وبه قال أشهب ؛ وقال ابن القاسم : لايقسم ، وهو قول الشافعى . فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم « لاضَرَرَ ولا ضِرَارَ » وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى ـ مما قل منه أوكثر نصيبا مفروضا ـ ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه « لاتَعْضِيَةَ عَلَى أهْلِ المِيرَاثِ إلاَّ ما حَمَلَ القَسْمُ » والتعضية : التفرقة ، يقول : لاقسمة بينهم . وأما إذا كانت الرباع أكثر من واحد فإنها لاتخلو أيضا أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع ، فإذا كانت متفقة الأنواع فإن فقهاء الأمصار فى ذلك مختلفون ؛ فقال مالك : إذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة ، وقال أبو حنيفة والشافعى : بل يقسم كل عقار على حدته ؛

فعمدة مالك أنه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة . وعمدة الفريق الثانى أن كل عقار تعينه بنفسه لأنه تتعلق به الشفعة . واختلف أصحاب مالك إذا اختلفت الأنواع المتفقة فى النّفاق وإن تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال ؛ وأما إذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض ، فلا خلاف أنه لايجمع فى القسمة بالسهمة . ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لاتقسم مع الثمرة إذا بدا صلاحها باتفاق فى المذهب ، لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر وذلك مزابنة . وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك : أما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الإبار بحال من الأحوال ، ويعتلّ لذلك لأنه يؤدى إلى بيع طعام بطعام متفاضلا ، ولذلك نزعم أنه لم يجز مالك شراء الثمر الذى لم يطب بالطعام لانسيئة ولانقدا ؛ وأما إن كان بعد الإبار ، فإنه لايجوز عنده إلا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أن ما وقع من الثمر فى نصيبه فهو داخل فى القسمة ، وما لم يدخل فى نصيبه فهم فيه على الشركة ، والعلة فى ذلك عنده أنه يجوز اشتراط المشترى الثمر بعد الإبار ولا يجوز قبل الإبار ، فكأن أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له فى القسمة بحظه من الثمرات التى وقعت لشريكه واشترط الثمر . وصفة القسم بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان فى سهامها كسر إلى أن تصح السهام ، ثم يقوّم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ، ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة ، فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواضعها ، فإذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت فى بطائق أسماء الأشراك وأسماء الجهات ، فمن خرج اسمه فى جهة أخذ منها ، وقيل يرمى بالأسماء فى الجهات ، فمن خرج اسمه فى جهة أخذ منها ، فإن كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه ، فهذه هى حال قرعة السهم فى الرقاب . والسهمة إنما جعلها الفقهاء فى القسمة تطييبا لنفوس المتقاسمين ، وهى موجودة فى الشرع فى مواضع : منها قوله تعالى ـ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ـ وقوله ـ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ـ ومن ذلك الأثر الثابت الذى جاء فيه « أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ، فأسهم رسول الله صلى الله عليه

وسلم بينهم ، فأعتق ثلث ذلك الرقيق » . وأما القسمة بالتراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم ، أو بغير تقويم وتعديل ، فتجوز فى الرقاب المتفقة والمختلفة لأنها بيع من البيوع ، وإنما يحرم فيها ما يحرم فى البيوع .

الفصل الثانى فى العروض

وأما الحيوان والعروض ، فاتفق الفقهاء على أنه لايجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل فى ذلك . واختلفوا إذا تشاحّ الشريكان فى العين الواحدة منهما ، ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع ، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ، فقال مالك وأصحابه : يجبر على ذلك ، فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التى أعطى فيها أخذه ، وقال أهل الظاهر: لايجبر ، لأن الأصول تقتضى أن لايخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع . وحجة مالك أن فى ترك الإجبار ضررا ، وهذا من باب القياس المرسل ، وقد قلنا فى غير ما موضع إنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك ، ولكنه كالضرورى فى بعض الأشياء . وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس واحد ، فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى ؛ واختلفوا فى قسمتها بالتعديل والسهمة ، فأجازها مالك وأصحابه فى الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز ابن أبى سلمة وابن الماجشون . واختلف أصحاب مالك فى تمييز الصنف الواحد الذى تجوز فيه السهمة من التى لاتجوز فاعتبره أشهب بما لايجوز تسليم بعضه فى بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب ، فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما لايجوز تسليم بعضه فى بعض ، فجعل القسمة أخف من السلم ، ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم ؛ وقد قيل إن مذهبه أن القسمة فى ذلك أخف ، وأن مسائله التى يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثانى. وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع فى القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان . وأجاز أشهب جمع صنفين فى القسمة بالسهمة مع التراضى ، وذلك ضعيف لأن الغرر لايجوز بالتراضى .

الفصل الثالث فى معرفة أحكامها

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق إلا ما حكى اللخمى ، والمكيل أيضا لايخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائدا ، فإن كان صنفا واحدا ، فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين ، ولا خلاف فى جواز قسمته على التراضى على التفضيل البين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى : أعنى الذى لايجوز فيه التفاضل ، ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ، ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن . وأما إن كانت قسمته تحريا ، فقيل لايجوز فى المكيل ويجوز فى الموزون ، ويدخل فى ذلك من الخلاف ما يدخل فى جواز بيعه تحريا . وأما إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين ، فإن كان ذلك مما لايجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال ، وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن ، لأنه إذا كان بمكيال مجهول لم يدركم يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم ، وهذا كله على مذهب مالك ، لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل فى الصنفين إذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير ، وأما إن كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة : أعنى على جهة الجمع وإن كانا صنفين ، وهذا الجواز كله فى المذهب على جهة الرضا . وأما فى واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة إلا على حدة ، وإذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول ، فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون فى الرقاب .

القول فى القسم الثانى وهو قسمة المنافع

فأما قسمة المنافع ، فإنها لاتجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ، ولا يجبر عليها من أباها ، ولا تكون القرعة على قسمة المنافع . وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المنافع ، وقسمة المنافع هى عند الجميع بالمهايأة ، وذلك إما بالأزمان وإما بالأعيان . أما قسمة المنافع بالأزمان فهو أن ينتفع

كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . وأما قسم الأعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة . وفى المذهب فى قسمة المنافع بالزمان اختلاف فى تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض ، وذلك أيضا فيما ينقل ويحوّل ، أو لاينتقل ولا يحول . فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه فى المدة الكثيرة ويجوز فى المدة اليسيرة ، وذلك فى الاغتلال والانتفاع وأما فيما لاينتقل ولا يحول ، فيجوز فى المدة البعيدة والأجل البعيد ، وذلك فى الاغتلال والانتفاع واختلفوا فى المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول فى الاغتلال فقيل اليوم الواحد ونحوه ، وقيل لايجوز ذلك فى الدابة والعبد . وأما الاستخدام فقيل يجوز فى مثل الخمسة الأيام ، وقيل فى الشهر وأكثر من الشهر قليلا . وأما التهايؤ فى الأعيان بأن يستعمل هذا دارا مدة من الزمان ، وهذا دارا تلك المدة بعينها ، فقيل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الأرضين ، ولا يجوز ذلك فى الغلة والكراء إلا فى الزمان اليسير ؛ وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالأزمان ، وكذلك القول فى استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان . فهذا هو القول فى أنواع القسمة فى الرقاب ، وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة . وبقى من هذا الكتاب القول فى الأحكام .

القول فى الأحكام

والقسمة من العقود اللازمة لايجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها فيها إلا بالطوارئ عليها . والطوارئ ثلاثة غبن ؛ أو وجود عيب ، أو استحقاق . فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا فى قسمة القرعة باتفاق فى المذهب إلا على قياس من يرى له تأثير فى البيع ، فيلزم على مذهبه أن يؤثر فى القسمة . وأما الرد بالعيب ، فإنه لايخلو عن مذهب ابن القاسم أن يجد العيب فى جل نصيبه أو فى أقله ، فإن وجده فى جل نصيبه ، فإنه لايخلو أن يكون النصيب الذى حصل لشريكه قد فات أو لم يفت ، فإن كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه ، وإن كان

لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها ، وإن كان العيب فى أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط ، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع فى شىء مما فى يده وإن كان قائما بالعيب . وقال : أشهب : والذى يفيت الرد قد تقدم فى كتاب البيوع . وقال عبد العزيز بن الماجشون : وجود العيب يفسخ القسمة التى بالقرعة ولا يفسخ التى بالتراضى ، لأن التى بالتراضى هى بيع ، وأما التى بالقرعة فهى تمييز حق ، وإذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب . وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما فى يديه ، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما فى يديه ، وإن كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشىء . وقال محمد : إذا استحق ما فى يد أحدهما بطلت القسمة فى قسمة القرعة ، لأنه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون فى العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أوطرو الوصية أو طرو وارث ، فإن أصحاب مالك اختلفوا فى ذلك . فأما إن طرأ الدين قيل فى المشهور فى المذهب وهو قول ابن القاسم : إن القسمة تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم ، وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن ، هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك . وقد قيل أيضا إن القسمة إنما تنتقض بيد من بقى فى يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء ، وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشىء من الدين ، ولا يرجع هو على الورثة بما بقى بأيديهم بعد أداء الدين ؛ وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله ـ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ـ وقيل بل تنتقض إلا فى حق من أعطى منه ما ينوى به من الدين ، وهكذا الحكم فى طرو الموصى له على الورثة . وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه إن كان ذلك مكيلا أو موزونا وإن كان حيوانا أو عروضا انتقضت القسمة ، وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف فى يده بغير سبب منه ؟ فقيل يضمن ، وقيل لا يضمن .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الرهون

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى - وَلَمْ تَجِدُوا كاتبا فرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ - والنظر فى هذا الكتاب فى الأركان وفى الشروط وفى الأحكام ، والأركان هى النظر فى الراهن والمرهون والمرتهن والشىء الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

(الركن الأول) فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد ، الوصى يرهن لمن يلى النظر عليه إذا كان ذلك سدادا ودعت إليه الضرورة عند مالك ؛ وقال الشافعى : يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك . قال سحنون : فان ارتهن فى مال أسلفه لم يجز ، وبه قال الشافعى . واتفق مالك والشافعى على أن المفلس لايجوز رهنه ؛ وقال أبوحنيفة يجوز ؛ واختلف قول مالك فى الذى أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه ؟ أعنى هل يلزم أم لايلزم ؟ فالمشهور عنه أنه يجوز : أعنى قبل أن يفلس ، والخلاف آيل إلى هل المفلس محجور عليه أم لا ؟ وكل من صح أن يكون راهنا صح أن يكون مرتهنا .

(الركن الثانى) وهو الرهن ، وقالت الشافعية : يصح بثلاثة شروط : الأول أن يكون عينا ، فإنه لايجوز أن يرهن الدين . الثانى أن لايمتنع إثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ؛ ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن ، والخلاف مبنى على البيع . الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل ؛ ويجوز عند مالك أن يرتهن ما لايحل بيعه فى وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده فى أداء الدين إلا إذا بدا صلاحه وإن حل أجل الدين ؛ وعن الشافعى قولان فى رهن الثمر الذى لم يبد صلاحه ، ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع ؛ قال أبو حامد : والأصح جوازه ؛ ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدراهم إذا طبع عليها ، وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا للراهن لاعند مالك ولا عند الشافعى ،

بل قد يجوز عندهما أن يكون مستعارا . واتفقوا على أن من شرطه أن يكون إقراره فى يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا إذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المغصوب منه فى يده رهنا ، فقال مالك : يصح أن ينقل الشىء المغصوب من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن ، فيجعل المغصوب منه الشىء المغصوب رهنا فى يد الغاصب قبل قبضه منه ؛ وقال الشافعى : لايجوز بل يبقى على ضمان الغصب إلا أن يقبضه . واختلفوا فى رهن المشاع ، فمنعه أبو حنيفة وأجازه مالك والشافعى . والسبب فى الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لاتمكن .

(الركن الثالث) وهو الشىء المرهون فيه ، وأصل مذهب مالك فى هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن فى جميع الأثمان الواقعة فى جميع البيوعات إلا الصرف ورأس المال فى السلم المتعلق بالذمة ، وذلك لأن الصرف من شرطه التقابض ، فلا يجوز فيه عقدة الرهن ، وكذلك رأس مال السلم وإن كان عنده دون الصرف فى هذا المعنى . وقال قوم من أهل الظاهر : لايجوز أخذ الرهن إلا فى السلم خاصة : أعنى فى السلم فيه ، وهؤلاء ذهبوا إلى ذلك لكون آية الرهن واردة فى الدين فى المبيعات وهو السلم عندهم ، فكأنهم جعلوا هذا شرطا من شروط صحة الرهن ، لأنه قال فى أول الآية - يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ - ثم قال - وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ - فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن فى السلم وفى القرض وفى الغصب وفى قيم المتلفات وفى أروش الجنايات فى الأموال ، وفى جراح العمد الذى لاقود فيه كالمأمومة والجائفة . وأما قتل العمد والجراح التى يقاد منها فيتخرج فى جواز أخذ الرهن فى الدية فيها إذا عفا الولى قولان : أحدهما أن ذلك يجوز ، وذلك على القول بأن الولى مخير فى العمد بين الدية والقود . والقول الثانى أن ذلك لايجوز ، وذلك أيضا مبنى على أن ليس للولى إلا القود فقط إذا أبى الجانى من إعطاء الدية ، ويجوز فى قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ، ويجوز فى العارية التى تضمن ، ولا يجوز فيما لايضمن ، ويجوز أخذه فى الإجارات ،

ويجوز فى الجُعل بعد العمل ، ولا يجوز قبله ، ويجوز الرهن فى المهر ، ولا يجوز فى الحدود ولا فى القصاص ولا فى الكتابة ، وبالجملة فيما لاتصح فيه الكفالة . وقالت الشافعية : المرهون فيه له شرائط ثلاث : أحدها أن يكون دينا ، فإنه لايرهن فى عين . والثانى أن يكون واجبا ، فإنه لايرهن قبل الوجوب ، مثل أن يسترهنه بما يستقرضه ، ويجوز ذلك عند مالك . والثالث أن لايكون لزومه متوقعا أن يجب ، وأن لايجب كالرهن فى الكتابة ، وهذا المذهب قريب من مذهب مالك .

القول فى الشروط

وأما شروط الرهن ، فالشروط المنطوق بها فى الشرع ضربان : شروط صحة ، وشروط فساد . فأما شروط الصحة المنطوق بها فى الرهن : أعنى فى كونه رهنا فشرطان : أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف فى الجهة التى هو بها شرط وهو القبض . والثانى مختلف فى اشتراطه ، فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط فى الرهن لقوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة ؟ وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال : ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ؛ ومن قال شرط تمام قال : يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الإقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت ، فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام ، وذهب أبو حنيفة والشافعى وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة . وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول . وعمدة الغير قوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ وقال بعض أهل الظاهر : لايجوز الرهن إلا أن يكون هنالك كاتب لقوله تعالى ـ ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ـ ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدى عدل ، وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض ؛ وأنه متى عاد إلى يد الراهن بإذن المرتهن بعارية أو وديعة أو غير ذلك ، فقد خرج من اللزوم وقال الشافعى : ليس استدامة القبض من شرط الصحة ، فمالك عمم الشرط على ظاهره ، فألزم من قوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ وجود القبض واستدامته . والشافعى يقول : إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد ، فلا يحل ذلك

إعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال فى البيع ، وقد كان الأولى بمن يشترط القبض فى صحة العقد أن يشترط الاستدامة ، ومن لم يشترطه فى الصحة أن لا يشترط الاستدامة . واتفقوا على جوازه فى السفر . واختلفوا فى الحضر ؛ فذهب الجمهور إلى جوازه ؛ وقال أهل الظاهر ومجاهد : لا يجوز فى الحضر لظاهر قوله تعالى ـ وإن كنتم على سفر ـ الآية . وتمسك الجمهور بما ورد من « أنه صلى الله عليه وسلم رهن فى الحضر » والقول فى استنباط منع الرهن فى الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهنا على أنه إن جاء بحقه عند أجله وإلا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ ، وأنه معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَغلَقُ الرَّهْنُ » .

القول فى الجزء الثالث من هذا الكتاب

وهو القول فى الأحكام

وهذا الجزء ينقسم إلى معرفة ما للراهن من الحقوق فى الرهن وما عليه ، وإلى معرفة ما للمرتهن فى الرهن وما عليه ، وإلى معرفة اختلافهما فى ذلك ، وذلك إما من نفس العقد ، وإما لأمور طارئة على الرهن ، ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار والاتفاق . أما حق المرتهن فى الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدى الراهن ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان ، فيبيع عليه الرهن وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع ، وكذلك إن كان غائبا ، وإن وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز ؛ وكرهه مالك إلا أن يرفع الأمر إلى السلطان . والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه ، أعنى أنه إذا رهنه فى عدد ما فأدى منه بعضه ، فإن الرهن بأسره يبقى بَعْدُ بيد المرتهن حتى يستوفى حقه وقال قوم : بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق . وحجة الجمهور أنه محبوس بحق ، فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذى على الميت . وحجة الفريق الثانى أن جميعه محبوس بجميعه ، فوجب أن يكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه ، أصله الكفالة .

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى نماء الرهن المنفصل ، مثل الثمرة فى الشجر المرهون ، ومثل الغلة ، ومثل الولد هل يدخل فى الرهن أم لا ؟ فذهب قوم إلى أن نماء الرهن المنفصل لايدخل شىء منه فى الرهن : أعنى الذى يحدث منه فى يد المرتهن ، وممن قال بهذا القول الشافعى ؛ وذهب آخرون إلى أن جميع ذلك يدخل فى الرهن ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى ؛ وفرق مالك فقال : ماكان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته ، فإنه داخل فى الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما مالم يكن على خلقته فإنه لايدخل فى الرهن كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام . وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام « الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ» قالوا : ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله « مركوب ومحلوب» أى يركبه الراهن ويحلبه ، لأنه كان يكون غير مقبوض ، وذلك مناقض لكونه رهنا ، فإن الراهن من شرطه القبض ، قالوا : ولا يصح أيضا أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه ، فلم يبق إلا أن يكون المعنى فى ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . واستدلوا أيضا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » قالوا : ولأنه نماء زائد على مارضيه رهنا ، فوجب أن لايكون له إلا بشرط زائد . وعمدة أبى حنيفة أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ، ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه فى التدبير والكتابة . وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه فى البيع : أى هو تابع لها ، وفرق بين الثمر والولد فى ذلك بالسنة المفرقة فى ذلك ، وذلك أن الثمر لايتبع بيع الأصل إلا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط . والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشىء من الرهن ؛ وقال قوم : إذا كان الرهن حيوانا فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه ، وهو قول أحمد وإسحق ، واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « الرهن محلوب ومركوب » ومن هذا الباب اختلافهم فى الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه ؟ فقال قوم : الرهن أمانة وهو من الراهن ، والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث ؛ وقال

قوم : الرهن من المرتهن ومصيبته منه ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين . والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين : فمنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين ، وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة . ومنهم من قال : هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت ، وإنه إن فضل للراهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن ، وبه قال على ابن أبي طالب وعطاء وإسحق . وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه ، وبين ما يغاب عليه من العروض ، فقالوا : هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه ، وممن قال بهذا القول مالك والأوزاعي وعثمان البتي ، إلا أن مالكا يقول: إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط ، فانه لا يضمن وقال الأوزاعي وعثمان البتي : بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم ، وبقول مالك قال ابن القاسم ، وبقول عثمان والأوزاعي قال أشهب . وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه » : أي له غلته وخراجه ، وعليه افتكاكه ومصيبته منه . قالوا : وقد رضي الراهن أمانته فأشبه المودع عنده . وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجا له : قد قال مالك ومن تابعه إن الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة ، فوجب أن يكون كله كذلك . وقد قال أبو حنيفة : إن ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله « وعليه غرمه » أى نفقته . قالوا ومعنى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « الرهن مركوب ومحلوب » أى أجرة ظهره لربه ، ونفقته عليه وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام « له غنمه وعليه غرمه » أن غنمه ما فضل منه على الدين ، وغرمه ما نقص . وعمدة من رأى أنه مضمون من المرتهن أنه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط بتلفه ، أصله تلف المبيع عند البائع إذا أمسكه حتى يستوفى الثمن ، وهذا متفق عليه من الجمهور ، وإن كان عند مالك كالرهن ؛ وربما احتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أن رجلا ارتهن فرسا من رجل ، فنفق في يده ، فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن : ذَهَبَ حَقُّكَ » وأما تفريق مالك بين ما يغاب

عليه وبين ما لايغاب عليه فهو استحسان ، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ، ولا تلحق فيما لايغاب عليه . وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذى يذهب إليه مالك كثيرا ، فضعفه قوم وقالوا : إنه مثل استحسان أبى حنيفة ، وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل . ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة ، وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل . والجمهور على أنه لايجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته ، وأنه إن باعه فللمرتهن الإجازة أوالفسخ . قال مالك : وإن زعم أن إجارته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له . وقال قوم : يجوز بيعه . وإذا كان الرهن غلاما أو أمة فأعتقها الراهن فعند مالك أنه إن كان الراهن موسرا جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه ، وإن كان معسرا بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة أقوال : الرد ، والإجازة ، والثالث مثل قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن فى قدر الحق الذى وجب به الرهن ، فإن الفقهاء اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك : القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق مالم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك ، فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن . وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجمهور فقهاء الأمصار : القول فى قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور أن الراهن مدعًى عليه ، والمرتهن مدع ، فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة . وعمدة مالك ههنا أن المرتهن وإن كان مدعيا فله ههنا شبهة بنقل اليمين إلى حيزه ، وهو كون الرهن شاهدا له ، ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا لايلزم عند الجمهور ، لأنه قد يرهن الراهن الشىء وقيمته أكثر من المرهون فيه . وأما إذا تلف الرهن واختلفوا فى صفته ، فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لأنه مدعى عليه ، وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على أصوله ، فإن المرتهن أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه . وأما على أصول الشافعى ، فلا يتصور على المرتهن يمين إلا أن يناكره الراهن فى إتلافه . وأما عند أبى حنيفة فالقول قول المرتهن فى قيمة الرهن ، وليس يحتاج إلى صفة ، لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقويم تلك الصفة . وإذا اختلفوا فى الأمرين جميعا ، أعنى فى صفة الرهن وفى مقدار الرهن كان القول قول المرتهن فى صفة

الرهن ، وفى الحق ماكانت قيمته الصفة التى حلف عليها شاهدة له ، وفيه ضعف ، وهل يشهد الحق لقيمة الرهن إذا اتفقا فى الحق واختلفا فى قيمة الرهن ؟ فى المذهب فيه قولان ، والأقيس الشهادة ، لأنه إذا شهد الرهن للدين شهد الدين للمرهون . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفيما ذكرناه كفاية فى غرضنا
(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحجر

والنظر فى هذا الكتاب فى ثلاثة أبواب: الباب الأول : فى أصناف المحجورين . الثانى : متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأى شروط يخرجون . الثالث : فى معرفة أحكام أفعالهم فى الرد والإجازة .

الباب الأول فى أصناف المحجورين

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى ـ وابتَلُوا اليَتَامى حتى إذَا بلَغُوا النِّكاحَ ـ الآية . واختلفوا فى الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم تبذير لأموالهم ، فذهب مالك والشافعى وأهل المدينة وكثير من أهل العراق إلى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم ، وذلك إذا ثبت عنده سفههم وأعذر إليهم فلم يكن عندهم مدفع ، وهو رأى ابن عباس وابن الزبير . وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى أنه لايبتدأ الحجر على الكبار ، وهو قول إبراهيم وابن سيرين ، وهؤلاء انقسموا قسمين: فمنهم من قال : الحجر لايجوز عليهم بعد البلوغ بحال وإن ظهر منهم التبذير. ومنهم من قال : إن استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه ، فهؤلاء لايبدأ بالحجر عليهم . وأبو حنيفة يحد فى ارتفاع الحجر وإن ظهر سفهه خمسة وعشرين عاما . وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار إنما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالبا ، فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيرا ، قالوا : ولذلك اشترط فى رفع الحجر عنهم

مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد ، قال الله تعالى ـ فإنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْدًا فادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ـ فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه . وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ « إذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يُخْدَع فى البيوع ، فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه » . وربما قالوا : الصغر هو المؤثر فى منع التصرف بالمال ، بدليل تأثيره فى إسقاط التكليف ، وإنما اعتبر الصغر لأنه الذى يوجد فيه السفه غالبا ، كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ، ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد ، إذ كانا يوجدان فيه غالبا ، أعنى العقل والرشد ، وكما لم يعتبر النادر فى التكليف ، أعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف ، كذلك لم يعتبر النادر فى السفه ، وهو أن يكون بعد البلوغ سفيها فيحجر عليه ، كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا . قالوا : وقوله تعالى ـ ولا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ـ الآية ، ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم ، وذلك لايوجب فسخ بيوعها وإبطالها .

والمحجورون عند مالك ستة : الصغير ، والسفيه ، والعبد ، والمفلس ، والمريض ، والزوجة . وسيأتى ذكر كل واحد منهم فى بابه .

الباب الثانى

متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأى شروط يخرجون ؟

والنظر فى هذا الباب فى موضعين : فى وقت خروج الصغار من الحجر ، ووقت خروج السفهاء . فنقول : إن الصغار بالجملة صنفان : ذكور ، وإناث ، وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب ، وإما ذو وصى ، وإما مهمل ، وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب . فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على أنهم لايخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم ، وإن كانوا قد اختلفوا فى الرشد ما هو ، وذلك لقوله تعالى ـ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ـ واختلفوا فى الإناث ، فذهب الجمهور إلى أن حكمهن فى ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ المحيض وإيناس الرشد ؛ وقال مالك : هى فى ولاية أبيها فى المشهور

عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها ، وروى عنه مثل قول الجمهور ؛ ولأصحاب مالك فى هذا أقوال غير هذه قيل إنها فى ولاية أبيها حتى يمر بها سنة بعد دخول زوجها بها ، وقيل حتى يمر بها عامان ، وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام . وحجة مالك أن إيناس الرشد لايتصور من المرأة إلا بعد اختبار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس ؛ أما مخالفتها النص ، فإنهم لم يشترطوا الرشد ؛ وأما مخالفتها للقياس ، فلأن الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة ، وإذا قلنا على قول مالك لاعلى قول الجمهور إن الاعتبار فى الذكور ذوى الآباء البلوغ وإيناس الرشد ، فاختلف قول مالك إذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه إنه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور ؛ وقيل عنه إنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه . فأما ذووالأوصياء فلا يخرجون من الولاية فى المشهور عن مالك إلا بإطلاق وصيه له من الحجر : أى يقول فيه إنه رشيد إن كان مقدما من قبل الأب بلا خلاف أو بإذن القاضى مع الوصى إن كان مقدما من غير الأب على اختلاف فى ذلك . وقد قيل فى وصى الأب أنه لايقبل قوله فى أنه رشيد إلاحتى يعلم رشده وقد قيل إن حاله مع الوصى كحاله مع الأب يخرجه من الحجر إذا آنس منه الرشد وإن لم يخرجه وصيه بالإشهاد ، وإن المجهول الحال فى هذا حكمه بحكم المجهول الحال ذى الأب . وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية غير معتبر ثبوتها إذا علم الرشد ، ولا سقوطها إذا علم السفه ، وهى رواية عن مالك ، وذلك من قوله فى اليتيم لافى البكر ، والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وإن ظهر رشده حتى يخرج من الولاية ، وهوقول ضعيف ، فإن المؤثر هوالرشد لاحكم الحاكم . وأما اختلافهم فى الرشد ما هو ؟ فإن مالكا يرى أن الرشد هو تثمير المال وإصلاحه فقط ، والشافعى يشترط مع هذا صلاح الدين . وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين ؟ وحال البكر مع الوصى كحال الذكر لايخرج من الولاية إلا بالإخراج مالم تعنس على اختلاف فى ذلك ، وقيل حالها مع الوصى كحالها مع الأب وهوقول ابن الماجشون . ولم يختلف قولهم إنه لايعتبر فيها الرشد كاختلافهم فى اليتيم . وأما المهمل من

الذكور فإن المشهور أن أفعاله جائزة إذا بلغ الحلم كان سفيها متصل السفه أو غير متصل السفه ، معلنا به أو غير معلن . وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله إذا وقع ، فإن كان رشدا جاز وإلا رده . فأما اليتيمة التى لا أب لها ولا وصى فان فيها فى المذهب قولين : أحدهما أن أفعالهاجائزة إذا بلغت المحيض . والثانى أن أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو المشهور .

الباب الثالث فى معرفة أحكام أفعالهم فى الرد والإجازة

والنظر فى هذا الباب فى شيئين : أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الأفعال ، وإذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم فى الرد والإجازة ، وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصى ، وهؤلاء كما قلنا إما صغار وإما كبار متصلو الحجر من الصغر وإما مبتدأ حجرهم . فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف فى المذهب فى أنه لايجوز له فى ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب فى ذلك أو الوصى ، فإن أخرج من يده شيئا بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه إن كان له ولى ، فإن رآه رشدا أجازه وإلا أبطله ، وإن لم يكن له ولى قدم له ولى ينظر فى ذلك ، وإن عمل فى ذلك حتى يلى أمره كان النظر إليه فى الإجازة أو الرد . واختلف إذا كان فعله سدادا ونظرا فيما كان يلزم الولى أن يفعله هل له أن ينقضه إذا آل الأمر إلى خلاف بحوالة الأسواق أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه ، فالمشهور أن ذلك له ، وقيل إن ذلك ليس له ، ويلزم الصغير ما أفسد فى ماله مما لم يؤتمن عليه . واختلف فيما أفسد وكسر مما اؤتمن عليه ، ولا يلزمه بعد بلوغه رشده عتق ما حلف بحريته فى صغره وحنث به فى صغره . واختلف فيما حنث فيه فى كبره وحلف به فى صغره ، فالمشهور أنه لايلزمة . وقال ابن كنانة : يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين . واختلف إذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه ؟ فالمشهور أنه لايحلف ، وروى عن مالك والليث أنه يحلف . وحال البكر ذات الأب والوصى كالذكر ما لم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها . فأما السفيه البالغ ، فجمهور العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالعها

مضى طلاقه وخلعه ، إلا ابن أبى ليلى وأبا يوسف ، وخالف ابن أبى ليلى فى العتق فقال : إنه ينفذ ، وقال الجمهور : إنه لاينفذ . وأما وصيته فلا أعلم خلافا فى نفوذها ، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شىء من المعروف إلا أن يعتق أم ولده ، فيلزمه عتقها ، وهذا كله فى المذهب ، وهل يتبعها مالها ؟ فيه خلاف ، قيل يتبع ، وقيل لايتبع ، وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما يفعله بعوض ، فهو أيضا موقوف على نظر وليه إن كان له ولى ، فإن لم يكن له ولى قدم له ولى ، فإن رد بيعه الولى وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشىء ، وكذلك إن أتلف عين المبيع .

وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال : فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة ، وإن كان فيها ما هو رشد . ومنهم ضد هذا ، وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وإن ظهر فيها ما هو سفه . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه ما لم يتبين برشده . وعكس هذا أيضا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه . فأما الذى يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ ، والبكر ذات الأب ، والوصى ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس . واختلف فى حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين إلى الستين ، والذى يحكم له بحكم الرشد وإن علم سفهه ، فمنها السفيه إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ، ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك ، خلافا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية ، والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون . وأما الذى يحكم عليه بالسفه بحكم مالم يظهر رشده : فالابن بعد بلوغه فى حياة أبيه على المشهور فى المذهب ، وحال البكر ذات الأب التى لاوصى لها إذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ، ومالم تبلغ الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك ، وكذلك اليتيمة التى لاوصى لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة . وأما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه : فمنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس ، أو التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد ، وكذلك حال الابن ذى الأب إذا بلغ وجهلت حاله على إحدى

الروايتين ، والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لاتعتبر فيها دخوله مع زوجها . فهذه هى جمل ما فى هذا الكتاب والفروع كثيرة .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب التفليس

والنظر فى هذا الكتاب فيما هو الفلس ، وفى أحكام المفلس ، فنقول : إن الإفلاس فى الشرع يطلق على معنيين : أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين ، فلا يكون فى ماله وفاء بديونه . والثانى أن لايكون له مال معلوم أصلا ، وفى كلا الفلسين قد اختلف العلماء فى أحكامهما . فأما الحالة الأولى وهى إذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا ، فاختلف العلماء فى ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف فى ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم ، أم ليس له ذلك ؟ بل يحبس حتى يدفع إليهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم ، وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفى بدينه ، فأبى أن ينصف غرماءه ، هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم ، أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ما عليه ؟ فالجمهور يقولون : يبيع الحاكم ماله عليه ، فينصف منه غرماءه أوغريمه إن كان مليا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه ، وبه قال مالك والشافعى ، وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق . وحجة مالك والشافعى حديث معاذ بن جبل « أنه كثر دينه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم من ماله ، وحديث أبى سعيد الخدرى « أن رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوا ما وَجَدْتُمْ ولَيْسَ لَكُمْ إلاَّ ذلكَ » وحديث عمر فى القضاء على الرجل المفلس فى حبسه وقوله فيه : أما بعد ، فان الأسيفع «أسيفع جهينة» رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ، وأنه ادّان معرضا فأصبح قد رين عليه ، فمن كان له عليه دين فليأتنا . وأيضا من طريق المعنى فإنه إذا كان المريض

محجورا عليه لمكان ورثته ، فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء ، وهذا القول هو الأظهر ، لأنه أعدل والله أعلم . وأما حجج الفريق الثانى الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ما عليه أو يموت محبوسا ، فيبيع القاضى حينئذ ماله ويقسمه على الغرماء ، فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين ، فلما طالبه الغرماء قال جابر « فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فكلمته ، فسألهم أن يقبلوا منى حائطى ، ويحللوا أبى ، فأبوا ، فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطى قال : ولكِنْ سأغْدُو عَلَيْكَ ، قال : فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا فى ثمرها بالبركة قال : فجذذتها فقضيت منها حقوقهم ، وبقى من ثمرها بقية » وبما روى أيضا أنه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم ، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه ، فقبلهم أرضه أربع سنين بما لهم عليه . قالوا : فهذه الآثار كلها ليس فيها أنه بيع أصل فى دين قالوا : يدل على حبسه قوله صلى الله عليه سلم « لَيُّ الوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ » قالوا : العقوبة هى حبسه . وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق إجازته ، وإذا قلنا إن المفلس محجور عليه ، فالنظر فيما ذا يحجر عليه ، وبأى ديون تكون المحاصة فى ماله وفى أى شىء من ماله تكون المحاصة ؟ وكيف تكون ؟ . فأما المفلس فله حالان : حال فى وقت الفلس قبل الحجر عليه ، وحال بعد الحجر . فأما قبل الحجر فلا يجوز له إتلاف شىء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله ، وإنما اشترط إذا كان مما لا يلزمه ، لأن له أن يفعل ما يلزم بالشرع وإن لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء ، وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله ، لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية والنفقة فى العيد والصدقة اليسيرة ، وكذلك تراعى العادة فى إنفاقه فى عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ، ويجوز بيعه وابتياعه ما لم تكن فيه محاباة ، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه . واختلف قول مالك فى قضاء بعض غرمائه دون بعض وفى رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا : هو قبل الحكم كسائر الناس ، وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر ، ومالك كأنه اعتبر المعنى

نفسه ، وهو إحاطة الدين بماله لكن لم يعتبره فى كل حال ، لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكن فيه محاباة ، ولا يجوزه للمحجور عليه . وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ، لايجوز إقراره بدين فى ذمته لقريب ولا بعيد ، قيل إلا أن يكون لواحد منهم بينة ، وقيل يجوز لمن يعلم منه إليه تقاض . واختلف فى إقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال فى المذهب : بالجواز ، والمنع ، والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة ببينة أو لاتكون ، فقيل إن كانت صدق وإن لم تكن لم يصدق . واختلفوا من هذا الباب فى ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا ؟ فذهب مالك إلى أن التفليس فى ذلك كالموت ، وذهب غيره إلى خلاف ذلك ، وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت . قال ابن شهاب : مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات . وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث إلا بعد قضاء الدين ، فالورثة فى ذلك بين أحد أمرين : إما أن لايريدوا أن يؤخروا حقوقهم فى المواريث إلى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالا ، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة فى التركة خاصة لافى ذممهم ، بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت ، لأنه كان فى ذمة الميت ، وذلك يحسن فى حق ذى الدين . ولذلك رأى بعضهم أنه إن رضى الغرماء بتحمله فى ذممهم أبقيت الديون إلى أجلها ، وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الأمصار ، لكن لايشبه الفلس فى هذا المعنى الموت كل الشبه ، وإن كانت كلا الذمتين قد خربت فإن ذمة المفلس يرجى المال لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فإن ذلك يرجع إلى الجنس والقدر. أما ما كان قد ذهب عين العوض الذى استوجب من قبله الغريم على المفلس فإن دينه فى ذمة المفلس . وأما إذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت إلا أنه لم يقبض ثمنه ، فاختلف فى ذلك فقهاء الأمصار على أربعة أقوال : الأول أن صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها ويختار المحاصة ؛ وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور . والقول الثانى ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم

بالتفليس فإن كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاص الغرماء ، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها ، وبه قال مالك وأصحابه . والقول الثالث تُقوَّم السلعة بين التفليس ، فإن كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها : أعني للبائع ، وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه ويتحاصّون فى الباقى ، وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر . والقول الرابع أنه أسوة الغرماء فيها على كل حال ، وهو قول أبى حنيفة وأهل الكوفة والأصل فى هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ الرجُلُ مالَهُ بِعَيْنِهِ فَهوَ أحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِه » وهذا الحديث خرجه مالك والبخارى ومسلم ، وألفاظهم متقاربة ، وهذا اللفظ لمالك ؛ فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الأول ؛ ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا : إن معقوله إنما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية ، وأكثر ما فى ذلك أن يأخذ الثمن الذى باعها به ، فإما أن يعطى فى هذه الحال التى اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لأصول الشرع ، وبخاصة إذا كان للغرماء أخذها بالثمن كما قال مالك . وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم فى ردّ الخبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنونا ، والأصول يقينية مقطوع بها ، كما قال عمر فى حديث فاطمة بنت قيس : ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة . ورواهَ عن على أنه قضى بالسلعة للمفلس ، وهو رأى ابن سيرين وإبراهيم من التابعين . وربما احتجوا بأن حديث أبى هريرة مختلف فيه ، وذلك أن الزهرى روى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ ماتَ أَوْ أَفْلَسَ فَوَجَدَ بَعْضُ غُرَمائه مالَهُ بِعَيْنِه فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرَماءِ » وهذا الحديث أولى لأنه موافق للأصول الثابتة . قالوا : وللجمع بين الحديثين وجه ، وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية ، إلا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد فى لفظ حديث أبى هريرة فى بعض الروايات من ذكر البيع ، وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشترى السلعة ، فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لأنها فى ضمانه ، واختلف

القائلون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن ، فقال مالك : إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها ، وإن شاء حاص الغرماء فيما بقى من سلعته ؛ وقال الشافعى : بل يأخذ ما بقى من سلعته بما بقى من الثمن ؛ وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحق وأحمد : إن قبض من الثمن شيئا فهو أسوة الغرماء . وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعا فَأَفْلَسَ الذِى ابْتَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضْ الَّذِى بَاعَهُ شَيْئا فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَإِنْ مَاتَ الَّذِى ابْتَاعَهُ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ » وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق ، وقد روى من طريق الزهرى عن أبى هريرة فيه زيادة بيان ، وهو قوله فيه « فان كان قبض من ثمنه شيئا فهو أسوة الغرماء » ذكره أبو عبيد فى كتابه فى الفقه وخرجه . وحجة الشافعى أن كل السلعة أو بعضها فى الحكم واحد ، ولم يختلفوا أنه إذا فوت المشترى بعضها أن البائع أحق بالمقدار الذى أدرك من سلعته ، إلا عطاء فإنه قال : إذا فوت المشترى بعضها كان البائع أسوة الغرماء : واختلف الشافعى ومالك فى الموت هل حكمه حكم الفلس أم لا ؟ فقال مالك : هو فى الموت أسوة الغرماء ، بخلاف الفلس ؛ وقال الشافعى : الأمر فى ذلك واحد . وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبى بكر وهو نص فى ذلك وأيضا من جهة النظر إن فرقا بين الذمة فى الفلس والموت ، وذلك أن الفلس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقى عليه وذلك غير متصور فى الموت . وأما الشافعى فعمدته ما رواه ابن أبى ذئب بسنده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أَحَقُّ بِهِ » فسوى فى هذه الرواية بين الموت والفلس . قال : وحديث ابن أبى ذئب أولى من حديث ابن شهاب ؛ لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ، ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه إلا بعد أداء ما عليه ، فأشبه مال المفلس ؛ وقياس مالك أقوى من قياس الشافعى ، وترجيح حديثه على حديث ابن أبى ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى ، وذلك أن ما وافق من الأحاديث

المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه : أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعى هو قياس شبه ، والموافق لحديث مالك قياس معنى ، ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق . فسبب الخلاف تعارض الآثار فى هذا المعنى والمقاييس ، وأيضا فإن الأصل يشهد لقول مالك فى الموت ، أعنى أن من باع شيئا فليس يرجع إليه فمالك رحمه الله اقوى فى هذه المسئلة ، والشافعى إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند المرسل عنده لايجب العمل به . واختلف مالك والشافعى فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضا يغرسها أوعرصة يبنيها ، فقال مالك : العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعى : بل يخير البائع بين أن يعطى قيمة ما أحدث المشترى فى سلعته ويأخذها ، أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء فى الزيادة ، وما يكون فوتا مما لايكون فوتا فى مذهب مالك منصوص فى كتبه المشهورة . وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء فى الموت والفلس ، أو فى الفلس دون الموت أن الأشياء المبيعة بالدين تنقسم فى التفليس ثلاثة أقسام : عرض يتعين ، وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا ؟ وعمل لايتعين . فأما العرض فإن كان فى يد بائعه لم يسلمه حتى أفلس المشترى ، فهو أحق به فى الموت والفلس ، وهذا مالاخلاف فيه ، وإن كان قد دفعه إلى المشترى ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء فى الفلس دون الموت ، ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن وقال الشافعى : ليس لهم ، وقال أشهب : لايأخذونها إلا بزيادة يحطونها عن المفلس ؛ وقال ابن الماجشون : إن شاءوا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم ؛ وقال ابن كنانة : بل يكون من أموالهم وأما العين فهو أحق بها فى الموت أيضا ، والفلس ماكان بيده . واختلف إذا دفعه إلى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه ، فقيل إنه أحق به كالعروض فى الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم ، وقيل إنه لاسبيل له عليه ، وهو أسوة الغرماء ، وهو قول أشهب ، والقولان جاريان على الاختلاف فى تعيين العين ؛ وأما إن لم يعرف بعينه فهو أسوة الغرماء فى الموت والفلس ، وأما العمل الذى لايتعين فإن أفلس المستأجر قبل أن يستوفى عمل الأجير كان الأجير أحق بما عمله

فى الموت والفلس جميعا ، كالسلعة إذا كانت بيد البائع فى وقت الفلس ، وإن كان فلسه بعد أن استوفى عمل الأجير ، فالأجير أسوة الغرماء بأجرته التى شارطه عليها فى الفلس والموت جميعا على أظهر الأقوال ، إلا أن تكون بيده السلعة التى استؤجر على عملها ، فيكون أحق بذلك فى الموت والفلس جميعا ، لأنه كالرهن بيده ، فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله ، إلا أن يكون له فيه شىء أخرجه فيكون أحق به فى الفلس دون الموت ، وكذلك الأمر عنده فى فلس مكترى الدواب إن استكرى أحق بما عليه من المتاع فى الموت والفلس جميعا ، وكذلك مكترى السفينة ، وهذا كله شبهه مالك بالرهن .
وبالجملة فلا خلاف فى مذهبه أن البائع أحق بما فى يديه فى الموت والفلس ، وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده فى الفلس دون الموت ، وأنه أسوة الغرماء فى سلعته إذا فاتت ، وعندما يشبه حال الأجير عند أصحاب مالك .
وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة ، فمرة يشبهون المنفعة التى عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشترى فيقولون : هو أحق بها فى الموت والفلس ، ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون : هو أحق بها فى الفلس دون الموت ، ومرة يشبهون ذلك بالموت الذى فاتت فيه فيقولون : هو أسوة الغرماء .
ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فإنهم قالوا فيه الثلاثة الأقوال . وتشبيه بيع المنافع فى هذا الباب ببيع الرقاب هو شىء - فيما أحسب - انفرد به مالك دون فقهاء الأمصار ، وهو ضعيف لأن قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للأصول يضعف ، ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ، ولكن انقدح هنالك قياس علة ، فهو أقوى ؛ ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى فى القياس ، لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر .

ومن هذا الباب اختلافهم فى العبد المفلس المأذون له فى التجارة هل يتبع بالدين فى رقبته أم لا ؟ فذهب مالك وأهل الحجاز إلى أنه إنما يتبع بما فى يده لا فى رقبته ، ثم إن أعتق بما بقى عليه ورأى قوم أنه يباع ، ورأى قوم أن الغرماء يخيرون بين بيعه وبين أن يسعى فيما بقى عليه من الدين ، وبه قال شريح ، وقالت طائفة : بل يلزم سيده ما عليه وإن لم يشترطه ، فالذين لم يروا

بيع رقبته قالوا : إنما عامل الناس على ما فى يده فأشبه الحر ، والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التى يجنى ، وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فإنهم شبهوا ماله بمال السيد إذ كان له انتزاعه . فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه فى هذه المسئلة ، ومن هذا المعنى إذا أفلس العبد والمولى معا بأى يبدأ ، هل بدين العبد ، أم بدين المولى ؟ فالجمهور يقولون : بدين العبد ، لأن الذين داينوا العبد إنما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال ، والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ، ومن رأى البدء بالمولى قال : لأن مال العبد هو فى الحقيقة للمولى . فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الأجنبى أو حكم مال السيد . وأما قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل فى المذهب : يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام ؛ وقال فى الواضحة والعتبية : الشهر ونحوه ، ويترك له كسوة مثله ؛ وتوقف مالك فى كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض ، وهو الانتفاع بها أو بغير عوض ؛ وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته ؛ وروى ابن نافع عن مالك أنه لا يترك له إلا ما يواريه ، وبه قال ابن كنانة . واختلفوا فى بيع كتب العلم عليه على قولين : وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أو لا كراهية ذلك .

وأما معرفة الديون التى يحاصّ بها من الديون التى لا يحاص بها على مذهب مالك فإنها تنقسم أولا إلى قسمين : أحدهما أن تكون واجبة عن عوض ، والثانى أن تكون واجبة من غير عوض . فأما الواجبة عن عوض ، فإنها تنقسم إلى عوض مقبوض وإلى عوض غير مقبوض ، فأما ما كانت عن عرض مقبوض ، وسواء كانت مالا أو أرش جناية ، فلا خلاف فى المذهب أن محاصّة الغرماء بها واجبة . وأما ما كان عن عوض غير مقبوض ، فإن ذلك ينقسم خمسة أقسام : أحدها أن لا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة ، والثانى أن لا يمكنه دفع العوض ، ولكن يمكنه دفع ما يستوفى فيه ، مثل أن يكترى الرجل الدار بالنقد ، أو يكون العرف فيه النقد ، ففلس المكترى قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء . والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه وطرحه

كرأس مال السلم إذا أفلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال . والرابع أن يمكنه دفع العوض ، لايلزمه مثل السلعة إذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها إليه البائع . والخامس أن لايكون إليه تعجيل دفع العوض ، مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل دنانير فى عروض إلى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم . فأما الذى لايمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة فى ذلك إلا فى مهور الزوجات إذا فلس الزوج قبل الدخول . وأما الذى لايمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفى منه ، مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء ، فقيل للمكرى المحاصة بجميع الثمن وإسلام الدار للغرماء ، وقيل ليس له إلا المحاصة بما سكن ويأخذ داره ، وإن كان لم يسكن فليس له إلا أخذ داره . وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو إذا كان العوض عينا ، فقيل يحاص به الغرماء فى الواجب له بالعوض ويدفعه ، فقيل هو أحق به وعلى هذا لايلزمه دفع العوض . وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصّة والإمساك ، وذلك هو إذا كان العوض عينا . وأما إذا لم يكن إليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال ، وقبل أن يحل أجل السلم ، فإن رضى المسلم إليه أن يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز إن رضى بذلك الغرماء ، فإن أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفى العروض التى عليه إذا حلت لأنها من مال المفلس ، وإن شاءوا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم . وأمّا ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فإن ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها . وأمّا ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والأبناء ، ففيها قولان : أحدهما أن المحاصة لاتجب بها ، وهو قول ابن القاسم . والثانى أنها تجب بها إذا لزمت بحكم من السلطان ، وهو قول أشهب . وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص ، فإن الحكم فى ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء ، وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة ، إذ كان لايقتضى فى الديون إلا ما هو من جنس الدين إلا أن يتفقوا من ذلك على شيء يجوز . واختلفوا من هذا الباب فى فرع طارئ ، وهو إذا

هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء : ممن مصيبته ؟ فقال أشهب : مصيبته من المفلس ، وقال ابن الماجشون : مصيبته من الغرماء إذا وقفه السلطان . وقال ابن القاسم : ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم لأنه إنما يباع على ملكه ، وما لايحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا ، كلهم روى قوله عن مالك . وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال : المصيبة فى الموت من الغرماء ، وفى الفلس من المفلس . فهذا هو القول فى أصول أحكام المفلس الذى له من المال ما لايفى بديونه .

وأما المفلس الذى لامال له أصلا ، فإن فقهاء الأمصار مجمعون على أن العدم له تأثير فى إسقاط الدين إلى وقت ميسرته ، إلا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز أن لهم أن يؤاجروه ، وقال به أحمد من فقهاء الأمصار ، وكلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه أنه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين ، فإذا كان ذلك خلى سبيله . وحكى عن أبى حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، وإنما صار الكل إلى القول بالحبس فى الديون ، وإن كان لم يأت فى ذلك أثر صحيح ، لأن ذلك أمر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض ، وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة ، وهو الذى يسمى بالقياس المرسل . وقد روى أن النبى عليه الصلاة والسلام حبس رجلا فى تهمة ، خرجه فيما أحسب أبو داود والمحجورون عند مالك : السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لأنه يرى أن للزوج حقا فى المال ، وخالفه فى ذلك الأكثر . وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الصلح

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى ـ والصُّلْحُ خَيْرٌ ـ وما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام مرفوعا وموقوفا على عمر « إمْضَاء الصُّلْحِ جائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ إلاَّ صُلْحا أَحَلَّ حَرَاما أَوْ حَرَّمَ حَلالاً » واتفق المسلمون على جوازه على الإقرار ، واختلفوا فى جوازه على الإنكار ، فقال

مالك وأبو حنيفة : يجوز على الإنكار ؛ وقال الشافعى : لايجوز على الإنكار لأنه من أكل المال بالباطل من غير عوض ؛ والمالكية تقول فيه عوض ، وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ، ولا خلاف فى مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الإقرار يراعى فى صحته ما يراعى فى البيوع ، فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته ، وهذا هو مثل أن يدعى إنسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الإقرار بدنانير نسيئة ، وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر . وأما الصلح على الإنكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى فى البيوع ، مثل أن يدعى إنسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة ، فهذا لايجوز عند مالك وأصحابه ؛ وقال أصبغ : هو جائز ، لأن المكروه فيه من الطرف الواحد ، وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة فى دراهم حلت له . وأما الدافع فيقول : هى هبة منى . وأما إن ارتفع المكروه من الطرفين ، مثل أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ، ثم يصطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قِبَلَه إلى أجل ، فهذا عندهم هو مكروه ، أما كراهيته فمخافة أن يكون كل واحد منهما صادقا ، فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لإنظار الآخر إياه فيدخله أسلفنى وأسلفك . وأما وجه جوازه فلأن كل واحد منهما إنما يقول ما فعلت إنما هو تبرع منى ، وما كان يجب على شىء ، وهذا النحو من البيوع قيل إنه يجوز إذا وقع ، وقال ابن الماجشون يفسخ إذا وقع عليه أثر عقده ، فإن طال مضى ، فالصلح الذى يقع فيه مما لايجوز فى البيوع هو فى مذهب مالك على ثلاثة أقسام : صلح يفسخ باتفاق ، وصلح يفسخ باختلاف ، وصلح لايفسخ باتفاق إن طال وإن لم يطل فيه اختلاف .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الكفالة

واختلف العلماء فى نوعها وفى وقتها ، وفى الحكم اللازم عنها ، وفى شروطها ، وفى صفة لزومها ، وفى محلها . ولها أسماء : كفالة ، وحمالة ، وضمانة ، وزعامة . فأما أنواعها فنوعان : حمالة بالنفس ، وحمالة بالمال . أما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار . وحكى عن قوم أنها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ . والسنة التى صار إليها الجمهور فى ذلك هو قوله عليه الصلاة والسلام « الزَّعِيمُ غارِمٌ » . وأما الحمالة بالنفس وهى التى تعرف بضمان الوجه ، فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا إذا كانت بسبب المال . وحكى عن الشافعى فى الجديد أنها لا تجوز ، وبه قال داود ، وحجتهما قوله تعالى ـ مَعَاذَ اللهِ أنْ نأْخُذَ إلاَّ مَنْ وَجَدْنا مَتاعَنا عِنْدَهُ ـ ولأنها كفالة بنفس فأشبهت الكفالة فى الحدود . وحجة من أجازها عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وتعلقوا بأن فى ذلك مصلحة ، وأنه مروى عن الصدر الأول وأما الحكم اللازم عنها ، فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه إذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شىء ، وحكى عن بعضهم لزوم ذلك . وفرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضرا أو غائبا فقال : إن مات حاضرا لم يلزم الكفيل شىء ، وإن مات غائبا نظر ، فإن كانت المسافة التى بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها إحضاره فى الأجل المضروب له فى إحضاره ، وذلك فى نحو اليومين إلى الثلاثة ففرط غرم وإلا لم يغرم . واختلفوا إذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال : القول الأول : أنه يلزمه أن يحضره أو يغرم ، وهو قول مالك وأصحابه وأهل المدينة . والقول الثانى إنه يحبس الحميل إلى أن يأتى به أو يعلم موته ، وهو قول أبى حنيفة وأهل العراق . والقول الثالث إنه ليس عليه إلا أن يأتى به إذا علم موضعه ، ومعنى ذلك أن لا يكلف إحضاره إلا مع العلم بالقدرة على إحضاره ، فإن ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل ، وأنكر الحميل

كلف الطالب بيان ذلك . قالوا : ولا يحبس الحميل إلا إذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع ، فيكلف حينئذ إحضاره ، وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم ابن سلام فى كتابه فى الفقه عن جماعة من الناس واختاره . وعمدة مالك أن المتحمل بالوجه غارم لصاحب الحق فوجب عليه الغرم إذا غاب ، وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس « أن رجلا سأل غريمه أن يؤدى إليه ماله أو يعطيه حميلا ، فلم يقدر حتى حاكمه إلى النبى عليه الصلاة والسلام ، فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أدى المال إليه » قالوا : فهذا غرم فى الحمالة المطلقة . وأما أهل العراق فقالوا : إنما يجب عليه إحضار ما تحمل به وهو النفس ، فليس يجب أن يعدى ذلك إلى المال إلا لو شرطه على نفسه ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » فإنما عليه أن يحضره أو يحبس فيه ، فكما أنه إذا ضمن المال فإنما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه ، كذلك الأمر فى ضمان الوجه . وعمدة الفريق الثالث أنه إنما يلزمه إحضاره إذا كان إحضاره له مما يمكن ، وحينئذ يحبس إذا لم يحضره ، وأما إذا علم أن إحضاره له غير ممكن فليس يجب عليه إحضاره كما أنه إذا مات ليس عليه إحضاره . قالوا : ومن ضمن الوجه فأغرم المال فهو أحرى أن يكون مغرورا من أن يكون غارا . فأما إذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك : إن المال لا يلزمه ، ولا خلاف فى هذا فيما أحسب ، لأنه كان يكون قد ألزم ضد ما اشترط ، فهذا هو حكم ضمان الوجه . وأما حكم ضمان المال فإن الفقهاء متفقون على أنه إذا عدم المضمون أو غاب أن الضامن غارم . واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر ، فقال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابهما والثورى والأوزاعى وأحمد وإسحق : للطالب أن يؤاخذ من شاء من الكفيل أو المكفول ؛ وقال مالك فى أحد قوليه : ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه . وله قول آخر مثل قول الجمهور . وقال أبو ثور : الحمالة والكفالة واحدة ، ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون ، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين ، وبه قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة . ومن الحجة لما رأى أن الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبا أو حاضرا ، غنيا

أو عديما حديث قبيصة بن المخارق قال « تحملت حمالة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : نُخْرِجُها عَنْكَ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ يا قَبِيصَةُ إنَّ المَسْئَلَةَ لا تَحِلُّ إلاَّ فى ثَلاثٍ ، وَذَكَرَ رَجُلاً تَحَمَّلَ حَمَالَةَ رَجُلٍ حَتَّى يُؤَدِّيهَا » ووجه الدليل من هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهى الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » أعنى كفالة المال وكفالة الوجه ، وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب فى قتل الخطأ أو الصلح فى قتل العمد أو السرقة التى ليس يتعلق بها قطع وهى ما دون النصاب أو من غير ذلك . وروى عن أبى حنيفة إجازة الكفالة فى الحدود والقصاص ، أو فى القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتى : أعنى كفالة النفس : وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعنى مطالبته بالكفيل ، فأجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما بإقرار وإما ببينة . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه ، فاختلفوا هل تلزم قبل إثبات الحق أم لا ؟ فقال قوم : إنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه ، وهو قول شريح القاضى والشعبى ، وبه قال سحنون من أصحاب مالك . وقال قوم : بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق ، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك ؟ ، وإلى كم من المدة يلزم ؟ فقال قول : إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه أن يعطى ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه وإلا لم يلزمه الكفيل إلا أن يذكر بينة حاضرة فى المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الأيام إلى الجمعة ، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك ، وقال أهل العراق : لا يؤخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق إلا أن يدعى بينة حاضرة فى المصر نحو قول ابن القاسم ، إلا أنهم حدوا ذلك بالثلاثة الأيام يقولون إنه إن أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل ، وقد أنكروا الفرق فى ذلك والفرق بين الذى يدعى البينة الحاضرة والغائبة ، وقالوا : لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة ، وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها . وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين فى ذلك ، فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه ، وإذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون

الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ، ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة . وروى عن عراك بن مالك قال « أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم ، فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين : اذْهَبْ واطْلُبْ وحبس الآخر ، فجاء بما ذهب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين : اسْتَغْفِرْ لى ، فقال : غفر الله لك ، قال : وأنْتَ فَغَفَرَ اللهُ لكَ وقَتَلَكَ فى سَبِيلِهِ » خرج هذا الحديث أبو عبيد فى كتابه بالفقه قال : وحمله بعض العلماء على أن ذلك كان من رسول الله حبسا قال : ولا يعجبنى ذلك ، لأنه لايجب الحبس بمجرد الدعوى ، وإنما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب إذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم . فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم فى ضمان الميت إذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه ، فأجازه مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : لايجوز . واستدل أبو حنيفة من قبل أن الضمان لايتعلق بمعلوم قطعا ، وليس كذلك المفلس . واستدل من رأى أن الضمان يلزمه بما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان فى صدر الإسلام لايصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه . والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ، ولا يصح عند أبى حنيفة . وأما شروط الكفالة فإن أباحنيفة والشافعى يشترطان فى وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه ، ومالك لايشترط ذلك ، ولا تجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب بعد ، وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه . وأما ماتجوز فيه الحمالة بالمال مما لاتجوز ، فإنها لاتجوز عند مالك بكل مال ثابت فى الذمة إلا الكتابة وما لايجوز فيه التأخير ، وما يستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الأزواج ، وما شاكلها .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين ، لقوله عليه الصلاة والسلام «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ وإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى غَنِيٍّ فَلْيَسْتَحِلْ» والنظر فى شروطها وفى حكمها ، فمن الشروط اختلافهم فى اعتبار رضا المحال والمحال عليه ، فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه ، وهو مالك ؛ ومن الناس من اعتبر رضاهما معا ؛ من الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه ، وهو نقيض مذهب مالك ، وبه قال داود ، فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ، ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لايعتبره مع المحيل إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحدا . وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ » والأمر على الوجوب ، وبقى المحال عليه على الأصل ، وهو اشتراط اعتبار رضاه . ومن الشروط التى اتفق عليها فى الجملة كون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا ، إلا أن منهم من أجازها فى الذهب والدراهم فقط ومنعها فى الطعام ، والذين منعوها فى ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، لأنه باع الطعام الذى كان له على غريمه بالطعام الذى كان عليه ، وذلك قبل أن يستوفيه من غريمه ؛ وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين المحال حالا . وأما إن كان أحدهما من سلم فإنه لايجوز إلا أن يكون الدينان حالّين ؛ وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين المحال به حالا ؛ ولم يفرق بين ذلك الشافعى ، لأنه كالبيع فى ضمان المستقرض وإنما رخص مالك فى القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى . وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم ، والمسئلة مبنية على أن ما شذ عن الأصول

هل يقاس عليه أم لا ؟ والمسئلة مشهورة فى أصول الفقه ، وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط : أحدها أن يكون دين المحال حالا ، لأنه إن لم يكن حالا كان دينا بدين . والثانى أن يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عليه فى القدر والصفة ، لأنه إذا اختلفا فى أحدهما كان بيعا ولم يكن حوالة ، فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع ، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين . والشرط الثالث أن لايكون الدين طعاما من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم ، وإذا كان الطعامان جميعا من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل ، أو حل أحدهما ولم يحل الآخر ، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا ، لكن أشهب يقول إن استوت رؤوس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية ؛ وابن القاسم لايقول ذلك كالحال إذا اختلفت ويتنزل المحالُ فى الدين الذى أحيل عليه منزلة من أحاله ، ومنزلته فى الدين الذى أحاله به ، وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره ، أعنى أنه لايجوز له من ذلك إلا مايجوز له مع الذى أحاله وما يجوز للذى أحال مع الذى أحاله عليه ، ومثال ذلك إن احتال بطعام كان له من قرض فى طعام من سلم أو بطعام من سلم فى طعام من قرض لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل قبضه منه ، لأنه إن كان احتال بطعام كان من قرض فى طعام من سلم نزل منزلة المحيل فى أنه لايجوز له بيع ما على غريمه قبل أن يستوفيه لكونه طعاما من بيع ، وإن كان احتال بطعام من سلم فى طعام من قرض نزّل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله ، أعنى أنه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه ، كذلك لايجوز أن يبيع الطعام الذى أحيل عليه وإن كان من قرض ، وهذا كله مذهب مالك ، وأدلة هذه الفروق ضعيفة .

وأما أحكامها فإن جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الحمالة ، فى أنه إذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشىء ؛ قال مالك وأصحابه : إلا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم ؛ وقال أبو حنيفة : يرجع صاحب الدين على المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحوالة وإن لم تكن له بينة ، وبه قال شريح وعثمان البتى وجماعة . وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوكالة

وفيها ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى أركانها ، وهى النظر فيما فيه التوكيل ، وفى الموكل . والثانى فى أحكام الوكالة . والثالث : فى مخالفة الموكل للوكيل .

الباب الاول فى أركانها

وهى النظر فيما فيه التوكيل ، وفى الموكِّل ، وفى الموكَّل

(الركن الأول : فى الموكل) واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأمور أنفسهم ، واختلفوا فى وكالة الحاضر الذكر الصحيح ، فقال مالك : تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة : لاتجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة . فمن رأى أن الأصل لاينوب فعل الغير عن فعل الغير إلا ما دعت إليه الضرورة وانعقد الإجماع عليه قال : لاتجوز نيابة من اختلف فى نيابته ؛ ومن رأى أن الأصل هو الجواز قال : الوكالة فى كل شىء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لاتصح فيه من العبادات وما جرى مجراها .

(الركن الثانى : فى الوكيل) وشروط الوكيل أن لايكون ممنوعا بالشرع من تصرفه فى الشىء الذى وكل فيه ، فلا يصح توكيل الصبى ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعى على عقد النكاح . أما عند الشافعى فلا بمباشرة ولا بواسطة : أى بأن توكل هى من يلى عقد النكاح ، ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر .

(الركن الثالث : فيما فيه التوكيل) وشرط محل التوكيل أن يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والطلاق والنكاح والخلع والصلح . ولا تجوز فى العبادات البدنية ، وتجوز فى المالية كالصدقة والزكاة والحج ، وتجوز عند

مالك فى الخصومة على الإقرار والإنكار ؛ وقال الشافعى فى أحد قوليه : لاتجوز على الإقرار ، وشبه ذلك بالشهادة والأيمان ، وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعى مع الحضور قولان : والذين قالو إن الوكالة تجوز على الإقرار اختلفوا فى مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك : لايتضمن ، وقال أبوحنيفة : يتضمن .

(الركن الرابع) وأما الوكالة فهى عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، وليست هى من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله فى أحكام هذا العقد ، وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة ، فالعامة هى التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لايسمى فيه شىء دون شىء وذلك أنه إن سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض ؛ وقال الشافعى : لاتجوز الوكالة بالتعميم وهى غرر ، وإنما يجوز منها ما سمى وحدد ونص عليه ، وهو الأقيس إذ كان الأصل فيها المنع ، إلا ما وقع عليه الإجماع .

الباب الثانى فى الأحكام

وأما الأحكام : فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل . فأما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع ، لكن أبوحنيفة يشترط فى ذلك حضور الموكل ، وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا : إلا أن تكون وكالة فى خصومة . وقال أصبغ : له ذلك ما لم يشرف على تمام الحكم ، وليس للوكيل أن يعزل نفسه فى الموضع الذى لايجوز أن يعزله الموكل ، وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعى . وقال أبوحنيفة : ذلك من شروطه ؛ وكذلك ليس من شرط إثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك . وقال الشافعى : من شرطه . واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين ، فإذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فمتى يكون الوكيل معزولا ، والوكالة منفسخة فى حق من عامله فى المذهب فيه ثلاثة أقوال : الأول أنها تنفسخ فى حق الجميع بالموت والعزل . والثانى أنها تنفسخ فى حق كل واحد منهم بالعلم ، فمن علم انفسخت فى حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ فى حقه . والثالث أنها تنفسخ فى حق من عامل الوكيل

بعلم الوكيل وإن لم يعلم هو ، ولا تنفسخ فى حق الوكيل بعلم الذى عامله إذا لم يعلم الوكيل ، ولكن من دفع إليه شيئا بعد العلم بعزله ضمنه ، لأنه دفع إلى من يعلم أنه ليس بوكيل .

وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة : أحدها إذا وكل على بيع شىء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه ؟ فقال مالك : يجوز ، وقد قيل عنه : لايجوز ؛ وقال الشافعى : لايجوز ، وكذلك عند مالك الأب والوصى . ومنها إذا وكله فى البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك أن يبيع إلا بثمن مثله نقدا بنقد البلد ، ولا يجوز إن باع نسيئة ، أو بغير نقد البلد ، أو بغير ثمن المثل ، وكذلك الأمر عنده فى الشراء ؛ وفرق أبوحنيفة بين البيع والشراء لمعين فقال: يجوز فى البيع أن يبيع بغير ثمن المثل ، وأن يبيع نسيئة ، ولم يجز إذا وكله فى شراء عبد بعينه أن يشتريه إلا بثمن المثل نقدا ، ويشبه أن يكون أبوحنيفة إنما فرق بين الوكالة على شراء شىء بعينه ، لأن من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشىء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها فى ذلك كله ، كذلك حكم الوكيل إذ قد أنزله منزلته ، وقول الجمهور أبين ، وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى ، وإذا اشترى الوكيل شيئا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل إلى الموكل ؛ وقال أبوحنيفة : إلى الوكيل أولا ثم إلى الموكل ، وإذا دفع الوكيل دينا عن الموكل ولم يشهد فأنكر الذى له الدين القبض ضمن الوكيل .

الباب الثالث فى مخالفة الموكل للوكيل

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل ، فقد يكون فى ضياع المال الذى استقر عند الوكيل ، وقد يكون فى دفعه إلى الموكل ، وقد يكون فى مقدار الثمن الذى باع به أو اشترى إذا أمره بثمن محدود ، وقد يكون فى المثمون ، وقد يكون فى تعيين من أمره بالدفع إليه ، وقد يكون فى دعوى التعدى . فإذا اختلفا فى ضياع المال فقال الوكيل ضاع منى ، وقال الموكل لم يضع ، فالقول قول الوكيل إن كان لم يقبضه ببينة ، فإن كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم

ثانية ، وهل يرجع الغريم على الوكيل ؟ فيه خلاف ، وإن كان قد قبضه ببينة برئ ولم يلزم الوكيل شىء . وأما إذا اختلفا فى الدفع فقال الوكيل دفعته إليك، وقال الموكل : لا ، فقيل القول قول الوكيل . وقيل القول قول الموكل . وقيل إن تباعد ذلك فالقول قول الوكيل . وأمر اختلافهم فى مقدار الثمن الذى به أمره بالشراء ؛ فقال ابن القاسم : إن لم تفت السلعة فالقول قول المشترى ، وإن فاتت فالقول قول الوكيل ، وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وإن فاتت بالقيمة وإن كان اختلافهم فى مقدار الثمن الذى أمره به فى البيع ؛ فعند ابن القاسم أن القول فيه قول الموكل ، لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة فى الشراء . وأما إذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففى المذهب فيه قولان : المشهور أن القول قول المأمور ، وقيل القول قول الآمر . وأما إذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره ، فالمشهور أن القول قول الموكل ، وقد قيل إن القول قول الوكيل إنه قد أمره لأنه قد ائتمنه على الفعل .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب اللقطة

والنظر فى اللقطة فى جملتين : الجملة الأولى : فى أركانها : والثانية : فى أحكامها .

(الجملة الأولى) والأركان ثلاثة : الالتقاط ، والملتقط ، واللقطة : فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو فضل أم الترك ؟ فقال أبو حنيفة : الأفضل الالتقاط ، لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم ، وبه قال الشافعى ؛ وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط ، وروى عن ابن عمر وابن عباس ، وبه قال أحمد ، وذلك لأمرين : أحدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « ضَالَّةُ المُؤْمِنِ حَرْقُ النَّارِ » ولما يخاف أيضا من التقصير فى القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدى عليها ، وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا : أراد بذلك الانتفاع بها لاأخذها للتعريف ؛ وقال قوم : بل لقطها واجب . وقد قيل إن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة

بين قوم مأمونين والإمام عادل . قالوا : وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والإمام عادل فواجب التقاطها . وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام جائر فالأفضل أن لايلتقطها . وإن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام غير عادل فهو مخير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين ، وهذا كله ما عدا لقطة الحاج ، فإن العلماء أجمعوا على أنه لايجوز التقاطها لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك ، ولقطة مكة أيضا لايجوز التقاطها إلا لمنشد لورود النص فى ذلك ، والمروىّ فى ذلك لفظان : أحدهما أنه لاترفع لقطتها إلا لمنشد . الثانى لايرفع لقطتها إلا منشد ، فالمعنى الواحد أنها لاترفع إلا لمن ينشدها ، والمعنى الثانى لايلتقطها إلا لمن ينشدها ليعرف الناس . وقال مالك : تعرف هاتان اللقطتان أبدا . فأما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لأنها ولاية ، واختلف عن الشافعى فى جواز التقاط الكافر . قال أبو حامد : والأصح جواز ذلك فى دار الإسلام . قال : وفى أهلية العبد والفاسق له قولان : فوجه المنع عدم أهلية الولاية ، ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فإنها كل مال لمسلم معرّض للضياع كان ذلك فى عامر الأرض أو غامرها ، والجماد والحيوان فى ذلك سواء إلا الإبل باتفاق . والأصل فى اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهنى ، وهو متفق على صحته أنه قال « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة ، فقال : اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فإنْ جاءَ صَاحِبُها وإلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا ، قال : فضالّة الغنم يا رسول الله ؟ قال : هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ للذِّئْبِ ، قال : فضالّة الإبل : قال : مالكَ وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُها وَحِذَاؤُها تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاها رَبُّهَا » وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لايلتقط ، ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون فى العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها . فأما الإبل فاتفقوا على أنها لاتلتقط ، واتفقوا على الغنم أنها تلتقط ، وترددوا فى البقر ، والنص عن الشافعى أنها كالإبل ، وعن مالك أنها كالغنم ، وعنه خلاف .

(الجملة الثانية) وأما حكم التعريف ، فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة ما لم تكن من الغنم . واختلفوا فى حكمها بعد السنة ، فاتفق

فقهاء الأمصار مالك والثورى والأوزاعى وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وأبوعبيد وأبوثور إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيرا ، أو يتصدق بها إن كان غنيا ، فان جاء صاحبها كان مخيرا بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه إياها . واختلفوا فى الغنى هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول؟ فقال مالك والشافعى : له ذلك ؛ وقال أبو حنيفة : ليس له أن يأكلها أو يتصدق بها ؛ وروى مثل قوله عن على وابن عباس وجماعة من التابعين ؛ وقال الأوزاعى : إن كان مالا كثيرا جعله فى بيت المال ؛ وروى مثل قول مالك والشافعى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة . وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر . واستدل مالك والشافعى بقوله عليه الصلاة والسلام « فشأنك بها » ولم يفرق بين غنى وفقير . ومن الحجة لهما ما رواه البخارى والترمذى عن سويد بن غفلة قال « لقيت أويس بن كعب فقال : وجدت صرة فيها مائة دينار ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال : عَرِّفْها حَوْلاً ، فعرفتها فلم أجد ، ثم أتيته ثلاثا فقال : احْفَظْ وِعاءَها وَوِكاءَها فانْ جاءَ صَاحِبُها وإلاَّ فاسْتَمْتِعْ بِهَا » وخرج الترمذى وأبو داود « فاسْتَنْفِقْها » . فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع ، وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ، فمن غلّب هذا الأصل على ظاهر الحديث ، وهو قوله بعد التعريف « فشأنك بها » قال : لا يجوز فيها تصرف إلا بالصدقة فقط على أن يضمن إن لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ؛ ومن غلّب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى أنه مستثنى منه قال : تحل له بعد العام وهى مال من ماله لا يضمنها إن جاء صاحبها ، ومن توسط قال : يتصرف بعد العام فيها وإن كانت عينا على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها ، فاتفقوا على أنها لا تدفع إليه إذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء ، واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك إلى بينة أم لا ؟ فقال مالك : يستحق بالعلامة ولا يحتاج إلى بينة ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يستحق إلا ببينة . وسبب الخلاف معارضة الأصل فى اشتراط الشهادة فى صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث ؛ فمن غلب الأصل قال : لابد من البينة ؛ ومن غلب ظاهر الحديث قال : لا يحتاج إلى بينة : وإنما اشترط

الشهادة فى ذلك الشافعى وأبوحنيفة لأن قوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلافشأنك بها » يحتمل أن يكون إنما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ، ويحتمل أن يكون إنما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء ، فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل ، فان الأصول لاتعارض بالاحتمالات المخالفة لها إلا أن تصح الزيادة التى نذكرها بعد ؛ وعند مالك وأصحابه أن على صاحب اللقطة أن يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد ، قالوا : وذلك موجود فى بعض روايات الحديث ولفظه « فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها إليه » قالوا : ولكن لايضره الجهل بالعدد إذا عرف العفاص والوكاء ، وكذلك إن زاد فيه . واختلفوا إن نقص من العدد على قولين ، وكذلك اختلفوا إذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء . وأما إذا غلط فيها فلا شىء له . وأما إذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الأخرى فقيل إنه لاشىء له إلا بمعرفتهما جميعا ، وقيل يدفع إليه بعد الاستبراء ، وقيل إن ادعى الجهالة استبرئ ، وإن غلط لم تدفع إليه . واختلف المذهب إذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع إليه بيمين أو بغير يمين ؟ فقال ابن القاسم بغير يمين : وقال أشهب : بيمين . وأما ضالة الغنم ، فان العلماء اتفقوا على أن لواجد ضالة الغنم فى المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها لقوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة « هى لك أو لأخيك أو للذئب » واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ فقال جمهور العلماء إنه يضمن قيمتها ؛ وقال مالك فى أشهر الأقاويل عنه : إنه لا يضمن . وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة ، إلا أن مالكا هنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ، ولم يجز كذلك التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا ؛ وعنه رواية أخرى أنه يضمن ، وكذلك كل طعام لايبقى إذا خشى عليه التلف إن تركه . وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه فى ذلك أنها على ثلاثة أقسام : قسم يبقى فى يد ملتقطة ويخشى عليه التلف إن تركه ، كالعين والعروض . وقسم لايبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالشاة فى القفر ، والطعام الذى يسرع إليه الفساد . وقسم لايخشى عليه التلف .

فأما القسم الأول ، وهو ما يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإنه ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون يسيرا لابال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لايطلبه لتفاهته ، فهذا لايعرف عنده وهو لمن وجده . والأصل فى ذلك ما روى« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة فى الطريق فقال : لَوْلا أنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لأكَلْتُها » ولم يذكر فيها تعريفا ، وهذا مثل العصا والسوط ، وإن كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك . والثانى أن يكون يسيرا إلا أن له قدرومنفعة ، فهذا لااختلاف فى المذهب فى تعريفه . واختلفوا فى قدر ما يعرّف ، فقيل سنة ، وقيل أياما . وأما الثالث فهو أن يكون كثيرا أو له قدر ، فهذا لااختلاف فى وجوب تعريفه حولا . وأما القسم الثانى وهو ما لايبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف ، فإن هذا يأكله كان غنيا أو فقيرا ، وهل يضمن ؟ فيه روايتان كما قلنا الأشهر أن لاضمان . واختلفوا إن وجد ما يسرع إليه الفساد فى الحاضرة فقيل لاضمان عليه ، وقيل عليه الضمان ، وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن ، أو يأكله فيضمن . وأما القسم الثالث فهو كالإبل ، أعنى أن الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد فى ذلك ، فإن أخذها وجب تعريفها ، والاختيار تركها ؛ وقيل فى المذهب هو عام فى جميع الأزمنة ؛ وقيل إنما هو فى زمان العدل ، وأن الأفضل فى زمان غير العدل التقاطها . وأما ضمانها فى الذى تعرف فيه ، فإن العلماء اتفقوا على أن من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن ، واختلفوا إذا لم يشهد ، فقال مالك والشافعى وأبويوسف ومحمد بن الحسن : لاضمان عليه إن لم يضيع وإن لم يشهد ؛ وقال أبوحنيفة وزفر : يضمنها إن هلكت ولم يشهد . استدل مالك والشافعى بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان ، قالوا : وهى وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال : إن جاء صاحبها وإلا فلتكن وديعة عندك . واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَوَىْ عَدْلٍ عَلَيْها ولا يَكْتُمْ ولا يُغَيِّبْ ، فإنْ جاءَ صَاحِبُها فَهُوَ أحَقُّ بِهَا ، وإلاَّ فَهُوَ مالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشاءُ » . وتحصيل المذهب فى ذلك أن واجد اللقطة

عند مالك لايخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه : أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها : والثانى أن يأخذها على جهة الالتقاط : والثالث أن يأخذها لاعلى جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال ، فإن أخذها على جهة الالتقاط فهى أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها ، فإن ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم : يضمن ؛ وقال أشهب : لايضمن إذا ردها فى موضعها ، فان ردها فى غير موضعها ضمن كالوديعة ، والقول قوله فى تلفها دون يمين إلا أن يتهم . وأما إذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ، ولكن لايعرف هذا الوجه إلا من قبله . وأما الوجه الثالث فهو مثل أن يجد ثوبا فيأخذه ، وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه ، فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك . وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها ، وهو العبد يستهلك اللقطة ، فقال مالك : إنها فى رقبته إما أن يسلمه سيده فيها ، وإما أن يفديه بقيمتها ، هذا إذا كان استهلاكه قبل الحول ، فإن استهلكها بعد الحول كانت دينا عليه ولم تكن فى رقبته ؛ وقال الشافعى : إن علم بذلك السيد فهو الضامن ، وإن لم يعلم بها السيد كانت فى رقبة العبد . واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا ؟ فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلايرجع بشىء من ذلك على صاحب اللقطة . وقال الكوفيون : لايرجع بما أنفق إلا أن تكون النفقة عن إذن الحاكم ، وهذه المسئلة هى من أحكام الالتقاط ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الباب .

باب فى اللقيط

والنظر فى أحكام الالتقاط وفى الملتقط واللقيط وفى أحكامه

وقال الشافعى كل شىء ضائع لاكافل له فالتقاطه من فروض الكفايات ، وفى وجوب الإشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف ، والخلاف فيه مبنى على الاختلاف فى الإشهاد على اللقطة . واللقيط : هو الصبى الصغير غير البالغ ، وإن كان مميزا ، ففيه فى مذهب الشافعى تردد ، والملتقط : هو كل حر عدل رشيد ، وليس العبد والمكاتب بملتقط ، والكافر يلتقط الكافر دون المسلم ، لأنه لاولاية

له عليه ، ويلتقط المسلم الكافر ، وينزع من يد الفاسق والمبذر ، وليس من شرط الملتقط الغنى ، ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه ، وإن أنفق لم يرجع عليه بشيء . وأما أحكامه فإنه يحكم له بحكم الإسلام إن التقطه فى دار المسلمين ويحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه عند مالك . وعند الشافعى بحكم من أسلم منهما ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وقد اختلف فى اللقيط فقيل إنه عبد لمن التقطه ، وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه ، وقيل إنه حر وولاؤه للمسلمين ، وهو مذهب مالك . والذى تشهد له الأصول إلا أن يثبت فى ذلك أثر تخصص به الأصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : ترث المرأة ثلاثة : لقيطها وعتيقها وولدها الذى لاعنت عليه .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوديعة

وجلّ المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار فى هذا الكتاب هى فى أحكام الوديعة : فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة لامضمونة ، إلا ما حكى عن عمر ابن الخطاب . قال المالكيون : والدليل على أنها أمانة أن الله أمر برد الأمانات ولم يأمر بالإشهاد ، فوجب أن يصدق فى المستودع فى دعواه رد الوديعة مع يمينه إن كذّبه المودع ، قالوا : إلا أن يدفعها إليه ببينة فانه لايكون القول قوله ، قالوا : لأنه إذا دفعها إليه ببينة فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها ، فيصدق فى تلفها ولا يصدق على ردها ، هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه ؛ وقد قيل عن ابن القاسم إن القول قوله وإن دفعها إليه ببينة ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة ، وهو القياس ، لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد ، ويبعد أن تنتقض الأمانة ، وهذا فيمن دفع الأمانة إلى اليد التى دفعتها إليه . وأما من دفعها إلى غير اليد التى دفعتها إليه ، فعليه ما على ولى اليتيم من الإشهاد عند مالك وإلا ضمن ، يريد قول الله عز وجل ـ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ـ فإن أنكر القابض القبض فلايصدق المستودع فى الدفع عند مالك وأصحابه إلا ببينة ، وقد قيل إنه يتخرج من المذهب أنه يصدق فى ذلك ، وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها إلى الذى دفعها

أو لم يأمر ؛ وقال أبوحنيفة : إن كان ادعى دفعها إلى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه ، فان أقر المدفوع إليه بالوديعة ، أعنى إذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو أن يكون المستودع دفعها إلى أمانة وهو وكيل المستودع أو إلى ذمة ، فان كان القابض أمينا فاختلف فى ذلك قول ابن القاسم فقال مرة : يبرأ الدافع بتصديق القابض ، وتكون المصيبة من الآمر الوكيل بالقبض ، ومرة قال : لايبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتى القابض بالمال . وأما إن دفع إلى ذمة ، مثل أن يقول رجل للذى عنده الوديعة ادفعها إلىّ سلفا أو تسلفا فى سلعة أو ما أشبه ذلك ، فإن كانت الذمة قائمة برئ الدافع فى المذهب من غير خلاف ، وإن كانت الذمة خربة فقولان . والسبب فى هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوّى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه ؛ فمن شبه أمانة الذى أمره المودع أن يدفعها إليه ، أعنى الوكيل بأمانة المودع عنده قال : يكون القول قوله فى دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ؛ ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال : لايبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ؛ ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال : القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الآمر ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ ومن رأى أنه أضعف منه قال : الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض المال ، وإذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لايضمن ، وقال الغير : يضمن . وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لاضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى ويختلفون فى أشياء هل هى تعدّ أم ليس بتعد ؟ فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب إذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أوأخرجها لنفقته ثم ردها ، فقال مالك : يسقط عنه الضمان بحالة مثل إذا ردها ؛ وقال أبوحنيفة : إن ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن ، وإن رد مثلها ضمن ؛ وقال عبد الملك والشافعى : يضمن فى الوجهين جميعا ؛ فمن غلظ الأمر ضمنه إياها بتحريكها ونية استنفاقها ؛ ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثلها . ومنها اختلافهم فى السفر بها ، فقال مالك ليس له أن يسافر بها إلا أن تعطى له فى سفر ؛ وقال أبوحنيفة له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمنا ولم ينهه صاحب الوديعة . ومنها أنه ليس للمودَع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر ، فإن فعل ضمن ؛ وقال

أبوحنيفة : إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن ، لأنه شبهه بأهل بيته . وعند مالك له أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم . وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم ، فما كان بينا من ذلك أنه حفظ اتفق عليه ، وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه ، مثل اختلافهم فى المذهب فيمن جعل وديعة فى جيبه فذهبت ، والأشهر أنه يضمن . وعند ابن وهب أن من أودع وديعة فى المسجد فجعلها على نعله فذهبت أنه لاضمان عليه ، ويختلف فى المذهب فى ضمانها بالنسيان ، مثل أن ينساها فى موضع أو ينسى من دفعها إليه ، أو يدعيها رجلان ، فقيل يحلفان وتقسم بينهما ، وقيل إنه يضمن لكل واحد منهما ، وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر . واختلف فى ذلك أصحاب الشافعى ، فنهم من يقول : إن أودعها لغير الحاكم ضمن . وقبول الوديعة عند مالك لايجب فى حال ، ومن العلماء من يرى أنه واجب إذا لم يجد المودع من يودعها عنده ، ولاأجر للمودَع عنده على حفظ الوديعة ، وما تحتاج إليه من مسكن أونفقة فعلى ربها . واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور ، وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه واتجر به فربح فيه ، هل ذلك الربح حلال له أم لا ؟ فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة : إذا رد المال طاب له الربح وإن كان غاصبا للمال فضلا عن أن يكون مستودعا عنده ؛ وقال أبوحنيفة وزفر ومحمد بن الحسن : يؤدى الأصل ويتصدق بالربح ؛ وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح ؛ وقال قوم : هو مخير بين الأصل والربح ؛ وقال قوم : البيع الواقع فى تلك التجارة فاسد ، وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق بالربح إذا مات . فمن اعتبر التصرف قال : الربح للمتصرف ؛ ومن اعتبر الأصل قال : الربح لصاحب المال . ولذلك لما أمر عمر رضى الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذى أسلفهما أبوموسى الأشعرى من بيت المال ، فتجروا فيه فربحا ، قيل له : لو جعلته قراضا ، فأجاب إلى ذلك ، لأنه قد روى أنه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء ، وأن ذلك عدل .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب العارية

والنظر فى العارية فى أركانها وأحكامها . وأركانها خمسة : الإعارة ، والمعير والمستعير ، والمعار ، والصيغة . أما الإعارة فهى فعل خير ومندوب إليه ، وقد شدد فيها قوم من السلف الأول . روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله ابن مسعود أنهما قالا فى قوله تعالى ـ وَيَمْنَعُونَ المَاعُونَ ـ أنه متاع البيت الذى يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك . وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للعارية إما لرقبتها وإما لمنفعتها ، والأظهر أنها لاتصح من المستعير أعنى أن يعيرها . وأما العارية فتكون فى الدور والأرضين والحيوان ، وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ، ولذلك لاتجوز إباحة الجوار للاستمتاع . ويكره للاستخدام إلا أن تكون ذا محرم . وأما صيغة الإعارة ، فهى كل لفظ يدل على الإذن ، وهى عقد جائز عند الشافعى وأبى حنيفة : أى للمعير أن يسترد عاريته إذا شاء ؛ وقال مالك فى المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية . وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة . وأما الأحكام فكثيرة ، وأشهرها هل هى مضمونة أو أمانة ؟ فمنهم من قال : إنها مضمونة وإن قامت البينة على تلفها ، وهو قول أشهب والشافعى ، وأحد قولى مالك ؛ ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست مضمونة أصلا ، وهو قول أبى حنيفة ؛ ومنهم من قال : يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ، ولا يضمن فيما لايغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه . وسبب الخلاف تعارض الآثار فى ذلك ، وذلك أنه ورد فى الحديث الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية « بَلْ عارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وفى بعضها « بَلْ عارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وروى عنه أنه قال « لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ ضَمانٌ » فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ، ومن أخذ بحديث صفوان

ابن أمية ألزمه الضمان ؛ ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لايغاب عليه ، فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لايغاب عليه ، إلا أن الحديث الذى فيه ليس على المستعير ضمان ، غير مشهور ، وحديث صفوان صحيح ، ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ؛ ومن فرق قال : الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع ، والعارية لمنفعة القابض : واتفقوا فى الإجارة على أنها غير مضمونة : أعنى الشافعى وأبا حنيفة ومالكا ، ويلزم الشافعى إذا سلم أنه لاضمان عليه فى الإجارة أن لايكون ضمان فى العارية إن سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع ، لأنه إذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لايضمن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة الدافع مؤثرة فى إسقاط الضمان . واختلفوا إذا شرط الضمان ، فقال قوم : يضمن ؛ وقال قوم : لايضمن ، والشرط باطل ؛ ويجىء على قول مالك إذا اشترط الضمان فى الموضع الذى لايجب فيه عليه الضمان أن يلزم إجارة المثل فى استعماله العارية لأن الشرط يخرج العارية عن حكم العارية إلى باب الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرض أن يعيرها إلا بأن يخرجها فى ضمانه ، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد إلى معلوم . واختلف عن مالك والشافعى إذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التى استعار إليها ، فقال مالك : المالك بالخيار إن شاء أخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه ، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعا إذا كان مما له قيمة بعد القلع ، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة ؛ وقال الشافعى : إذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع ، بل يخير المعير بأن يبقيه بأجر يعطاه ، أو ينقض بأرش ، أو يتملك ببدل ، فأيها أراد المعير أجبر عليه المستعير ، فان أبى كلف تفريغ الملك . وفى جواز بيعته للنقض عنده خلاف ، لأنه معرض للنقض ، فرأى الشافعى أن أخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم ؛ ورأى مالك أن عليه إخلاء المحل ، وأن العرف فى ذلك يتنزل منزلة الشروط ، وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال : واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه

خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة فى كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه ، فقال مالك وأبو حنيفة : لايقضى عليه به إذ العارية لايقضى بها ، وقال الشافعى وأحمد وأبوثور وداود وجماعة أهل الحديث : يقضى بذلك ، وحجتهم ماخرّجه مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يَمْنَعُ أحَدُكُمْ جارَهُ أنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فى جِدارِهِ » ثم يقول أبو هريرة : مالى أراكم عنها معرضين ، والله لأرمينّ بها بين أكتافكم . واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض ، فأرادوا أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : أنت تمنعنى وهو لك منفعة ، تسقى منه أولا وآخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلى سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لاتمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرنّ به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك . وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أنه قال : كان فى حائط جدى ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد أن يحوّله إلى ناحية من الحائط ، فمنعه صاحب الحائط ، فكلم عمر بن الخطاب ، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذل الشافعى مالكا لإدخاله هذه الأحاديث فى موطئه ، وتركه الأخذ بها . وعمدة مالك وأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَحِلُّ مالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » وعند الغير أن عموم هذا مخصص بهذه الأحاديث ، وبخاصة حديث أبى هريرة . وعند مالك أنها محمولة على الندب ، وأنه إذا أمكن أن تكون مختصة وأن تكون على الندب فحملها على الندب أولى ، لأن بناء العام على الخاص إنما يجب إذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض . وروى أصبغ عن ابن القاسم : أنه لايؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة فى الخليج ، ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف فى تحويل الربيع ، وذلك أنه رأى أن تحويل الربيع أيسر من أن يمر عليه طريق لم يكن قبل ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الغصب

وفيه بابان : الأول : فى الضمان ، وفيه ثلاثة أركان : الأول : الموجب للضمان . والثانى : ما فيه الضمان . والثالث : الواجب. وأما الباب الثانى : فهو فى الطوارئ على المغصوب .

الباب الاول فى الضمان

(الركن الأول) وأما الموجب للضمان ، فهو إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف ، وإما إثبات اليد عليه . واختلفوا فى السبب الذى يحصل بمباشرته الضمان إذا تناول التلف بواسطة سبب آخر ، هل يحصل به ضمان أم لا ؟ وذلك مثل أن يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح ، فقال مالك : يضمنه هاجه على الطيران أولم يهجه . وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال ؛ وفرق الشافعى بين أن يهيجه على الطيران أو لا يهيجه ، فقال : يضمن إن هاجه ، ولا يضمن إن لم يهجه ؛ ومن هذا من حفر بئرا فسقط فيه شىء فهلك ؛ فمالك والشافعى يقولان : إن حفره بحيث أن يكون حفره تعديا ضمن ما تلف فيه وإلا لم يضمن ، ويجىء على أصل أبى حنيفة أنه لا يضمن فى مسئلة الطائر ، وهل يشترط فى المباشرة العمد أو لا يشترط ؟ فالأشهر أن الأموال تضمن عمدا وخطأ ، وإن كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من هذا الباب ، وهل يشترط فيه أن يكون مختارا ؟ فالمعلوم عن الشافعى أنه يشترط أن يكون مختارا ، ولذلك رأى على المكره الضمان : أعنى المكره على الإتلاف .

(الركن الثانى) وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق . واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار ، فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب ، أعنى أنها إن انهدمت للدار ضمن قيمتها ؛ وقال

أبوحنيفة : لايضمن . وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ماينقل ويحول ؟ فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ؛ ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال : لاضمان .

(الركن الثالث) وهو الواجب فى الغصب ، والواجب على الغاصب إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لاخلاف فيه ، فإذا ذهبت عينه فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلا أوموزونا أن على الغاصب المثل ، أعنى مثل مااستهلك صفة ووزنا واختلفوا فى العروض فقال مالك : لايقضى فى العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك ؛ وقال الشافعى وأبوحنيفة وداود : الواجب فى ذلك مثل ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل . وعمدة مالك حديث أبى هريرة المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم «مَنْ أعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فى عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ الباقى قِيمَةَ العَدْلِ » الحديث . ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة . وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى ـ فَجَزَاءٌ مِثْلُ ما قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ـ ولأن منفعة الشىء قد تكون هى المقصودة عند المتعدى عليه . ومن الحجة لهم ما خرجه أبوداود من حديث أنس وغيره « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام ، قال : فضربت بيدها فكسرت القصعة ، فأخذ النبى صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول : غارَتْ أُمُّكُمْ كُلُوا كُلُوا ؛ حتى جاءت قصعتها التى فى بيتها ، وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا ، فدفع الصحفة الصحيحة إلى الرسول ، وحبس المكسورة فى بيته »وفى حديث آخر « أن عائشة كانت هى التى غارت وكسرت الإناء ، وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ما كفارة ما صنعتُ ؟ قال : إناءٌ مِثْلُ إناءٍ ، وطَعامٌ مِثْلُ طَعامٍ » .

الباب الثانى فى الطوارى

والطوارئ على المغصوب إما بزيادة وإما بنقصان ، وهذان إما من قِبَل المخلوق ، وإما من قِبل الخالق . فأما النقصان الذى يكون بأمر من السماء فإنه

ليس له إلا أن يأخذه ناقصا ، أويضمنه قيمته يوم الغصب ؛ وقيل إن له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير فى المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ، وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب ؛ وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة أو يأخذه ناقصا ، ولا شيء له فى الجناية كالذى يصاب بأمر من السماء ، وإليه ذهب ابن المواز . والسبب فى هذا الاختلاف أن من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان ، كأنه حدث فى ملك صحيح ، فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه فى النقصان شيئا سواء كان من سببه أو من عند الله ، وهو قياس قول أبى حنيفة . وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط . ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته فى كل أوان كانت يده عليه آخذة بأرفع القيم ، وأوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان ، سواء كان من فعله أو من عند الله ، وهو قول الشافعى أو قياس قوله . ومن فرق بين الجناية التى تكون من الغاصب ، وبين الجناية التى تكون بأمر من السماء ، وهو مشهور مذهب مالك ؛ وابن القاسم فعمدته قياس الشبه ، لأنه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه ، كما لو جنى عليه وهو فى ملك صاحبه ، فهذا هو نكتة الاختلاف فى هذا الباب فقف عليه . وأما إن كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب ، فالمغصوب مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجانى ، وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجانى بحكم الجنايات ، فهذا حكم الجنايات على العين فى يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب ، فإنها تنقسم عند مالك إلى قسمين : جناية تبطل يسيرا من المنفعة ، والمقصود من الشيء باق ، فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية ، وذلك بأن يقوم صحيحا ويقوم بالجناية ، فيعطى مابين القيمتين . وأما إن كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود ، فإن صاحبه يكون مخيرا إن شاء أسلمه للجانى وأخذ قيمته ، وإن شاء أخذ قيمة الجناية ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة : ليس له إلا قيمة الجناية . وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل

على الغاصب ، وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلاف العين : وأما النماء فإنه على قسمين : أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب . والثانى أن يكون مما أحدثه الغاصب : فأما الأول فانه ليس بفوت ؛ وأما النماء بما أحدثه الغاصب فى الشيء المغصوب فإنه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك إلى قسمين : أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبغ فى الثوب والنقش فى البناء وما أشبه ذلك . والثانى أن لايكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت : فأما الوجه الأول ، وهو أن يجعل فيه من ماله ما له عين قائمة ، فإنه ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون ذلك الشىء مما يمكنه إعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك . والثانى أن لايقدر على إعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فأما الوجه الأول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره ، وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط أجر القلع ؛ وهذا إذا كان الغاصب ممن لايتولى ذلك بنفسه ولا بغيره ، وإنما يستأجر عليه ؛ وقيل إنه لايحط من ذلك أجر القلع ، هذا إن كانت له قيمة ، وأما إن لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شىء ، لأن من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ماغصب منه على هيئته ، فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . وأما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه ، إلا فى السويق الذى يلته فى السمن وما أشبه ذلك من الطعام ، فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل ، أو القيمة فيما لامثل له . وأما الوجه الثانى من التقسيم الأول ، وهو أن لايكون أحدث الغاصب فيما أحدثه فى الشىء المغصوب سوى العمل ، فإن ذلك أيضا ينقسم قسمين : أحدهما أن يكون ذلك يسيرا لاينتقل به الشىء عن اسمه بمنزلة الخياطة فى الثوب أو الرفولة : والثانى أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشىء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليا أو دراهم فأما الوجه الأول فلا حق فيه للغاصب ، ويأخذ المغصوب منه الشىء المغصوب معمولا ،

وأما الوجه الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشىء المغصوب يوم غصبه أو مثله فيما له مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم فى هذا المعنى ؛ وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب ، أصله مسئلة البنيان فيقول : إنه لاحق للغاصب فيما لايقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين . وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب ، وقد قيل إنهما يكونان شريكين ، هذا بقيمة الصبغ ، وهذا بقيمة الثوب إن أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ ، وإن أبى الغاصب أن يدفع قيمة الثوب ، وهذا القول أنكره ابن القاسم فى المدونة فى كتاب اللقطة وقال : إن الشركة لاتكون إلا فيما كان بوجه شبهة جلية . وقول الشافعى فى الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول : إنه يؤمر الغاصب بقلب الصبغ إن أمكنه وإن نقص الثوب ، ويضمن للمغصوب مقدار النقصان ، وأصول الشرع تقتضى أن لايستحل ماله الغاصب من أجل غصبه ، وسواء كان منفعة أو عينا ، إلا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » لكن هذا مجمل ، ومفهومه الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشىء الذى غصبه ، أعنى ماله المتعلق بالمغصوب ، فهذا هو حكم الواجب فى عين المغصوب تغير أو لم يتغير . وأما حكم غلته ، فاختلف فى ذلك فى المذهب على قولين : أحدهما أن حكم الغلة حكم الشىء المغصوب ، والثانى أن حكمهما بخلاف الشىء المغصوب ؛ فمن ذهب إلى أن حكمهما حكم الشىء المغصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول : إنما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت إليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لاقيمة الشىء المغصوب يوم الغصب . وأما الذين ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشىء المغصوب ، فاختلفوا فى حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة أنه لاضمان على الغاصب ، وأنه إن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لايغاب عليه . وتحصيل مذهب هؤلاء فى حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام : أحدها غلة متولدة عن الشىء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد ، وغلة متولدة عن الشىء لاعلى صورته ، وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها ، وغلال غير متولدة بل هى منافع ، وهى الأكرية والخراجات وما أشبه ذلك .

فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يرده كالولد مع الأم المغصوبة وإن كان ولد الغاصب . وإنما اختلفوا فى ذلك إذا ماتت الأم ، فقال مالك : هو مخير بين الولد وقيمة الأم ؛ وقال الشافعى : بل يرد الولد وقيمة الأم وهو القياس . وأما إن كان متولدا على غير خلقة الأصل وصورته ففيه قولان : أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد . والثانى أنه يلزمه رده مع الشىء المغصوب إن كان قائما أوقيمتها إن ادعى تلفها ولم يعرف ذلك إلا من قوله ، فان تلف الشىء المغصوب كان مخيرا بين أن يضمنه بقيمته ولا شىء له فى الغلة ، وبين أن يأخذه بالغلة ولا شىء له من القيمة . وأما ما كان غير متولد ، فاختلفوا فيه على خمسة أقوال : أحدها أنه لايلزمه رده جملة من غير تفصيل . والثانى أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضا . والثالث أنه يلزمه الرد إن أكرى ، ولا يلزمه الرد إن انتفع أوعطل . والرابع يلزمه إن أكرى أو انتفع . ولا يلزمه إن عطل . والخامس الفرق بين الحيوان والأصول ، أعنى أنه يرد قيمة منافع الأصول ، ولا يرد قيمة منافع الحيوان ، وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها . وأما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح ، فالغلة قولا واحدا فى المذهب ؛ وقال قوم : الربح للمغصوب وهذا أيضا إذا قصد غصب الأصل . وأما إذا قصد غصب الغلة دون الأصل فهو ضامن للغلة بإطلاق ، ولا خلاف فى ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى ، كان مما يزال به أو بما لايزال به ؛ وقال أبوحنيفة : إنه من تعدى على دابة رجل فركبها أوحمل عليها فلا كراء عليه فى ركوبه إياها ولا فى حمله ، لأنه ضامن لها إن تلفت فى تعديه ، وهذا قوله فى كل ما ينقل ويحول ؛ فإنه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدى وصار فى ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب ، وإن كان الفرق بينهما أن الذى تجر به تحولت عينه ، وهذا لم تتحول عينه . وسبب اختلافهم فى هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم فى تعميم قوله عليه الصلاة والسلام « الخَرَاجُ بالضَّمان » وقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب ، وهو فى غلام قيم فيه بعيب ، فأراد الذى صرف عليه أن يرد المشترى غلته ، وإذا خرج العام

على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه ؟ فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور، فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال : إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة ، مثل أن يشترى شيئا فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار إليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم ، وليس لعرق ظالم حق ، فعمم هذا الحديث فى الأصل والغلة : أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثانى. وأما من عكس الأمر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » على أكثر من السبب الذى خرج عليه ، وخصص قوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » بأن جعل ذلك فى الرقبة دون الغلة قال : لا يرد الغلة الغاصب . وأما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحدا ، وأن يعتبر التضمن أو لا يعتبر . وأما سائر الأقاويل التى بين هذين فهى استحسان . وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثمرا بالجملة ونباتا فى غير أرضه أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أحْيا أرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ ». والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس فى أرض الغير . وروى أبو داود فى هذا الحديث زيادة قال عروة : ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا فى أرض الآخر ، فقضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها » قال : فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس وإنها لنخل عم حتى أخرجت منها ، إلا ما روى فى المشهور عن مالك « أن من زرع زرعا فى أرض غيره وفات أوان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه ، وكان على الزارع كراء الأرض . وقد روى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور ، وعلى قوله : إن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع . وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا : الزارع فى أرض غيره له نفقته وزريعته ، وهو قول كثير من أهل المدينة ، وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام « مَنْ زَرَعَ فِي أرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إذْنِهِمْ فَلَهُ نَفَقَتُهُ وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ » .

واختلف العلماء فى القضاء فيما أفسدته المواشى والدواب على أربعة أقوال : أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته . والثانى أن لاضمان عليه . والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار . والرابع وجوب الضمان فى غير المنفلت ولا ضمان فى المنفلت ، وممن قال : يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعى ؛ وبأن لاضمان عليهم أصلا قال أبوحنيفة وأصحابه ؛ وبالضمان بإطلاق قال الليث ، إلا أن الليث قال : لايضمن أكثر من قيمة الماشية ، والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه . فعمدة مالك والشافعى فى هذا الباب شيئان : أحدهما قوله تعالى ـ ودَاوُد وَسُلَيْمانَ إذْ يَحْكُمانِ فى الحَرْثِ إذْ نَفَشَتْ فيهِ غَنَمُ القَوْمِ ـ والنفش عند أهل اللغة لايكون إلا بالليل ، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا . والثانى مرسله عن ابن شهاب « أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها ، وأن ما أفسدته المواشى بالليل ضامن على أهلها » أى مضمون . وعمدة أبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « العَجْماءُ جَرْحُها جُبارٌ » وقال الطحاوى : وتحقيق مذهب أبى حنيفة أنه لايضمن إذا أرسلها محفوظة ، فأما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن ؛ والمالكية تقول : من شرط قولنا أن تكون الغنم فى المسرح وأما إذا كانت فى أرض مزرعة لامسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الأصول له ، وذلك أنه تعدّ من المرسل ، والأصول على أن على المتعدى الضمان ، ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بيّن ، فإن المنفلت لايملك . فسبب الخلاف فى هذا الباب معارضة الأصل للسمع ، ومعارضة السماع بعضه لبعض ، أعنى أن الأصل يعارض « جرح العجماء جبار » ويعارض أيضا التفرقة التى فى حديث البراء ، وكذلك التفرقة التى فى حديث البراء تعارض أيضا قوله « جرح العجماء جبار » . ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى عين الدابة بربع

ثمنها ، وكتب إلى شريح فأمره بذلك ، وبه قال الكوفيون ، وقضى به عمر ابن عبد العزيز ؛ وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص فى ثمنها قياسا على التعدى فى الأموال ؛ والكوفيون اعتمدوا فى ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا : إذا قال الصاحب قولا ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف ، فسبب الخلاف إذاً معارضة القياس لقول الصاحب .
ومن هذا الباب اختلافهم فى الجمل الصئول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله ، هل يجب عليه غرمه أم لا؟ فقال مالك والشافعى : لاغرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه ؛ وقال أبو حنيفة والثورى : يضمن قيمته على كل حال . وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فأراد قتله ، فدافع المقصود عن نفسه فقتل فى المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قود ، وإذا كان ذلك فى النفس كان فى المال أحرى ؛ لأن النفس أعظم حرمة من المال ، وقياسا أيضا على إهدار دم الصيد الحرمى إذا صال وتمسك به حذاق أصحاب الشافعى . وعمدة أبى حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة إليها ، أصله المضطر إلى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس . ومن هذا الباب اختلافهم فى المكرهة على الزنى ، هل على مكرهها مع الحد صداق أم لا ؟ فقال مالك والشافعى والليث : عليه الصداق والحد جميعا ؛ وقال أبو حنيفة والثورى : عليه الحد ولا صداق عليه ، وهو قول ابن شبرمة . وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان : حق لله وحق للآدمى ، فلم يسقط أحدهما الآخر ؛ أصله السرقة التى يجب بها عندهم غرم المال والقطع . وأما من لم يوجب الصداق ، فتعلق فى ذلك بمعنيين : أحدهما أنه إذا اجتمع حقان : حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله ، وهذا على رأى الكوفيين فى أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع . والمعنى الثانى أن الصداق ليس مقابل البضع ، وإنما هو عبادة إذ كان النكاح شرعيا ، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق فى النكاح الذى على غير الشرع . ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب من غصب أسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائما أضعاف قيمة الأسطوانة ، فقال مالك والشافعى : يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه أسطوانته ؛ وقال أبو حنيفة : تفوت

بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة ؛ وعند الشافعى لايفوت المغصوب بشىء من الزيادة . وهنا انقضى هذا الكتاب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الاستحقاق

وجل النظر فى هذا الكتاب هو فى أحكام الاستحقاق ، وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشىء المستحق من يد إنسان بما تثبت به الأشياء فى الشرع لمستحقها إذا صار إلى ذلك الإنسان الذى استحق من يده الشىء المستحق بشراء أنه لايخلو من أن يستحق من ذلك الشىء أقله أو كله أو جله ، ثم إذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذى هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ، ثم لايخلو أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثمون . فأما إن كان استحق منه أقله ، فإنه إنما يرجع عند مالك على الذى اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده ، وليس له أن يرجع بالجميع . وأما إن كان استحق كله أو جله ، فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه إن كان اشتراه بثمن ، وإن كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه إن كان لم يتغير ، فإن تغير تغيرا يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء ، وإن كان المال المستحق قد بيع ، فإن للمستحق أن يمضى البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه ؛ فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشىء المستحق ، فإن تغير الشىء المستحق فلا يخلو أن يتغير بزيادة أو نقصان . فأما إن كان تغير بزيادة فلا يخلو أن يتغير بزيادة من قبل الذى استحق من يده الشىء ، أو بزيادة من ذات الشىء . فأما الزيادة من ذات الشىء فيأخذها المستحق ، مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه ، فمثل أن يشترى الدار فبنى فيها فتستحق من يده ، فإنه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع إليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين ، هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وهذا بقدر قيمة ما بنى أوغرس ، وهو قضاء عمر بن الخطاب . وأما إن كانت الزيادة ولادة

من قبل المستحق منه ، مثل أن يشترى أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجها على أنها حرة فتخرج أمة ، فإنهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد ، واختلفوا فى أخذ قيمتهم . وأما الأم فقيل يأخذها بعينها ، وقيل يأخذ قيمتها . وأما إن كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره ، وإذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره ، لأن الغرر لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشيء المستحق ، فإنه إذا كان ضامنا بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه ، وأعنى بالضمان أنها تكون من خسارته إذا هلكت عنده . وأما إذا كان غير ضامن ، مثل أن يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما فى يده فإنه يرد الغلة . وأما إن كان غير ضامن إلا أنه ادعى فى ذلك ثمنا مثل العبد يستحق بحرية ، فإنه وإن هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان : أنه لايضمن إذا لم يجد على من يرجع ، ويضمن إذا وجد على من يرجع . وأما من أى وقت تصح الغلة للمستحق ؟ فقيل يوم الحكم ، وقيل من يوم ثبوت الحق ، وقيل من يوم توقيفه : وإذا قلنا إن الغلة تجب للمستحق فى أحد هذه الأوقات الثلاثة فإذا كانت أصولا فيها ثمرة فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده ، فقيل إنها للمستحق ما لم تقطف ، وقيل ما لم تيبس ، وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه ، وهذا إن كان اشترى الأصول قبل الإبار . وأما إن كان اشتراها بعد الإبار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم إن جذت ويرجع بالسقى والعلاج ؛ وقال أشهب : هى للمستحق مالم تجذ . والأرض إذا استحقت ، فالكراء إنما هو للمستحق إن وقع الاستحقاق فى إبان زريعة الأرض . وأما إذا خرج الإبان فقد وجب كراء الأرض للمستحق منه . وأما إن كان بغير نقصان ، فإن كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما إن كان أخذ له ثمنا مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر ، فإنه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض : قال القاضى : ولم أجد فى هذا الباب خلافا يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه ، وهى أصولهم فى هذا الباب ، ولكن يجىء على أصول الغير أنه إذا كان المستحق مشترى بعرض ،

وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله لابقيمته ، وهم الذين يرون فى جميع المتلفات المثل ؛ وكذلك يجىء على أصول الغير أن يرجع على المشترى إذا استحق منه قليل أو كثير ، لأنه لم يدخل على الباقى ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض . كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الهبات

والنظر فى الهبة : فى أركانها ، وفى شروطها ، وفى أنواعها ، وفى أحكامها. ونحن إنما نذكر من هذه الأجناس مافيها من المسائل المشهورة .

فنقول : أما الأركان فهى ثلاثة : الواهب ، والموهوب له ، والهبة : أما الواهب فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك ، وذلك إذا كان فى حال الصحة وحال إطلاق اليد : واختلفوا فى حال المرض وفى حال السفه والفلس . أما المريض فقال الجمهور : إنها فى ثلثه تشبيها بالوصية ، أعنى الهبة التامة بشروطها . وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر : أن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات ، ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة . وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبى عليه الصلاة والسلام « فى الذى أعتق ستة أعبد عندموته ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وأرق الباقى » وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال : أعنى حال الإجماع ، وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته فى الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع فى المرض إلا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بينة ، والحديث عندهم محمول على الوصية ، والأمراض التى يحجز فيها عند الجمهور هى الأمراض المخوفة ، وكذلك عند مالك الحالات المخوفة ، مثل الكون بين الصفين ، وقرب الحامل من الوضع ، وراكب البحر المرتج ، وفيه اختلاف . وأما الأرض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير ، وقد تقدم هذا فى كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير ماضية . وأما الموهوب فكل شىء صح ملكه . واتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبى : واختلفوا فى تفضيل الرجل بعض

ولده على بعض فى الهبة ، أو فى هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض ، فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية ذلك له ، ولكن إذا وقع عندهم جاز ؛ وقال أهل الظاهر : لايجوز التفضيل فضلا عن أن يهب بعضهم جميع ماله ؛ وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض . ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير ، وهو حديث متفق على صحته ، وإن كان قد اختلف فى ألفاظه ، والحديث أنه قال « إن أباه بشيرًا أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا ؟ قال لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فارْتَجِعْهُ » واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ ، قالوا : والارتجاع يقتضى بطلان الهبة . وفى بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام « هَذَا جَوْرٌ » . وعمدة الجمهور أن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب فى صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإذا كان ذلك للأجنبى فهو للولد أحرى . واحتجوا بحديث أبى بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلى غنى بعدى منك ، ولا أعز على فقرًا بعدى منك ، وإنى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث . قالوا : وذلك الحديث المراد به الندب ، والدليل على ذلك أن فى بعض رواياته : «ألستَ تُرِيدُ أنْ يَكونُوا لكَ فى البِرِّ واللُّطْفِ سواءً ؟ قال : نعم ، قال : فأشْهِدْ عَلَى هذَا غَيْرِى» . وأما مالك فانه رأى أن النهى عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أحرى أن يحمل على الوجوب ، فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن أن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله . فسبب الخلاف فى هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهى الوارد ، وذلك أن النهى يقتضى عند الأكثر بصيغته التحريم ، كما يقتضى الأمر الوجوب ؛ فمن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب ، أو خصصه فى بعض الصور كما فعل مالك ، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس ، وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعنى أن

يعدل بلفظ النهى عن مفهوم الحظر إلى مفهوم الكراهية . وأما أهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس فى الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا : بتحريم التفضيل فى الهبة . و اختلفوا من هذا الباب فى جواز هبة المشاع غير المقسوم ، فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور : تصح ؛ وقال أبو حنيفة : لاتصح . وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض فى البيع . وعمدة أبى حنيفة أن القبض فيها لايصح إلا مفردة كالرهن ، ولا خلاف فى المذهب فى جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالجملة كل ما لايصح بيعه فى الشرع من جهة الغرر ؛ وقال الشافعى : ماجاز بيعه جازت هبته كالدين ، ومالم يجز بيعه لم تجز هبته ، وكل مالايصح قبضه عند الشافعى لاتصح هبته كالدين والرهن ، وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع . ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه . وأما الشروط فأشهرها القبض ، أعنى أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط فى صحة العقد أم لا؟ فاتفق الثورى والشافعى وأبوحنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض ، وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب ؛ وقال مالك : ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة ، وله إذا باع تفصيل إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن ، وإن قام فى الفور كان له الموهوب . فمالك : القبض عنده فى الهبة من شروط التمام لامن شروط الصحة ، وهو عند الشافعى وأبى حنيفة من شروط الصحة . وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد ، وليس القبض من شروطها أصلا ، لامن شرط تمام ولا من شرط صحة ، وهو قول أهل الظاهر . وقد روى عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها فى المكيل والموزون . فعمدة من لم يشترط القبض فى الهبة تشبيهها بالبيع ، وأن الأصل فى العقود أن لاقبض مشترط فى صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض . وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروى عن أبى بكر رضى الله عنه فى حديث هبته لعائشة المتقدم ، وهو نص فى اشتراط القبض فى صحة الهبة . وما روى مالك عن عمر أيضا أنه قال : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها ، فإن مات ابن أحدهم قال : مالى بيدى لم أعطه أحدا ، وإن مات قال هو لابنى قد كنت أعطيته إياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها للمنحول

له وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة ، وهو قول على ، قالوا : وهو إجماع من الصحابة ، لأنه لم ينقل عنهم فى ذلك خلاف . وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعا : أعنى القياس وما روى عن الصحابة ، وجمع بينهما ، فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط صحتها القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ، ومن حق الموهوب له ، وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب سقط حقه . وجمهور فقهاء الأمصار على أن الأب يجوز لابنه الصغير الذى فى ولاية نظره وللكبير السفيه الذى ما وهبه كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهم ، وأنه يكفى فى الحيازة له إشهاده بالهبة والإعلان بذلك ، وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لايتعين . والأصل فى ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال : من نحل ابنا له صغيرا لم يبلغ أن يحوز نحلته فأعلن ذلك وأشهد عليه فهي حيازة وإن وليها ؛ وقال مالك وأصحابه : لابد من الحيازة فى المسكون والملبوس ، فإن كانت دارا سكن فيها خرج منها ، وكذلك الملبوس إن لبسه بطلت الهبة ، وقالوا فى سائر العروض بمثل قول الفقهاء ، أعنى أنه يكفى فى ذلك إعلانه وإشهاده . وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك ، فروى عنه أنه لايجوز إلا أن يخرجه الأب عن يده إلى يد غيره ، وروى عنه أنه يجوز إذا جعلها فى ظرف أو إناء وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود . ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصى يقوم فى ذلك مقام الأب . واختلفوا فى الأم ؛ فقال ابن القاسم : لاتقوم مقام الأب ، ورواه عن مالك ؛ وقال غيره من أصحابه : تقوم ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعى : الجد بمنزلة الأب ، والجدة عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الأم ، والأم عنده تقوم مقام الأب .

القول فى أنواع الهبات

والهبة منها ما هى هبة عين ، ومنها ما هى هبة منفعة : وهبة العين منها مايقصد بها الثواب ، ومنها ما لايقصد بها الثواب : والتى يقصد بها الثواب منها ما يقصد

بها وجه الله ، ومنها ما يقصد به وجه المخلوق . فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها ، وإنما اختلفوا في أحكامها . وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها ؛ فأجازها مالك وأبو حنيفة ؛ ومنعها الشافعي ، وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعا مجهول الثمن ؟ فمن رآه بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لاتجوز . ومن لم ير أنها بيع مجهول قال : يجوز وكأن مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ، ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم ؟ فقيل تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة ، وقيل لاتلزمه إلا أن يرضيه ، وهو قول عمر على ماسيأتي بعد، فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد ، والأول هو المشهور عن مالك. وأما إذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد ، وإنما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك ، وخصوصا إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل أن يهب الفقير للغنى ، أو لمن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب . وأما هبات المنافع فمنها ما هي مؤجلة ، وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ، ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له ، وهذه تسمى العمرى ، مثل أن يهب رجل رجلا سكنى دار حياته ، وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال : أحدها أنها هبة مبتوتة : أى أنها هبة للرقبة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة . والقول الثاني أنه ليس للمعمَر فيها إلا المنفعة ، فإذا مات عادت الرقبة للمعمِر أو إلى ورثته ، وبه قال مالك وأصحابه ، وعنده أنه إن ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المعمِر أو إلى ورثته . والقول الثالث أنه إذا قال : هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر ، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمِر أو لورثته ، وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للأثر . أما الأثر في ذلك حديثان : أحدهما متفق على صحته ، وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ فإِنَّهَا لِلَّذِى يُعْطَاها لاتَرْجِعُ إلى الَّذِى أَعْطَاها أَبَدًا » لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث . والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر

قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا مَعْشَرَ الأنْصَارِ أمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أمْوَالَكُمْ ولا تُعْمِرُوها فَمَنْ أعْمَرَ شَيْئًا حَيَاتَهُ فَهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ وَمَمَاتَهُ » وقد روى عن جابر بلفظ آخر « لاتُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا فَمَنْ أعْمَرَ شَيْئاً أوْ أرْقَبَهُ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » فحديث أبى الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر. وحديث مالك عنه مخالف أيضا لشرط المعمر إلا أنه يخيل أنه أقل فى المخالفة ، وذلك أن ذكر العقب يوهم تبتيت العطية ، فمن غلّب الحديث على الشرط قال بحديث أبى الزبير عن جابر ، وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك ؛ وأما من قال إن العمرى تعود إلى المعمر إن لم يذكر العقب ، ولا تعود إن ذكر ، فإنه أخذ بظاهر الحديث . وأما حديث أبى الزبير عن جابر فمختلف فيه ، أعنى رواية أبى الزبير عن جابر . وأما إذا أتى بلفظ الإسكان فقال : أسكنتك هذه الدار حياتك ، فالجمهور على أن الإسكان عندهم أو الإخدام بخلاف العمرى وإنْ لفظ بالعقب ، فسوى مالك بين التعمير والإسكان . وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير فى أنها لاتنصرف إلى المسكن أبدا على قول الجمهور فى العمرى . والحق أن الإسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد ، وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفا له إذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر .

القول فى الاحكام

ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب جواز الاعتصار فى الهبة ، وهو الرجوع فيها . فذهب مالك وجمهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث دينا أو بالجملة مالم يترتب عليه حق الغير ، وأن للأم أيضا أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حيا ، وقد روى عن مالك أنها لاتعتصر ؛ وقال أحمد وأهل الظاهر : لايجوز لأحد أن يعتصر ماوهبه ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذى رحم محرمة عليه . وأجمعوا على أن الهبة التى يراد بها الصدقة أى وجه الله أنه لايجوز لأحد الرجوع فيها . وسبب الخلاف فى هذا الباب تعارض

الآثار ؛ فمن لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « العائِدُ فى هِبَتِهِ كالكَلْبِ يَعُودُ فى قَيْئِهِ » ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام « لايَحِلُّ لِوَاهِبٍ أنْ يَرْجِعَ فى هِبَتِهِ إلاَّ الوَالِدُ » وقاس الأم على الوالد ؛ وقال الشافعى : لو اتصل حديث طاوس لقلت به ؛ وقال غيره : قد اتصل من طريق حسين المعلم ، وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار إلا لذوى الرحم المحرمة ، فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لايرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها . قالوا وأيضا فإن الأصل أن من وهب شيئا عن غير عوض أنه لايقضى عليه به كما لو وعد ، إلا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة . وجمهور العلماء على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها فإنه يرثها . وفى مرسلات مالك أن رجلا أنصاريا من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل ، فسأل عن ذلك النبى عليه الصلاة والسلام فقال : قَدْ أُجِرْتَ فى صَدَقَتِكَ وَخُذْها بِمِيراثِكَ » وخرّج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت « كنت قد تصدقت على أمى بوليدة ، وإنها ماتت وتركت تلك الوليدة ، فقال صلى الله عليه وسلم : وَجَبَ أجْرُكِ وَرَجَعَتْ إلَيْكِ بالمِيرَاثِ » وقال أهل الظاهر : لايجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لعمر « لاتَشْتَرِهِ فى الفَرَسِ الَّذِى تَصَدَّقَ بِهِ ـ فإنَّ العائِدَ فى هِبَتِهِ كالكَلْبِ يَعُودُ فى قَيْئِهِ » والحديث متفق على صحته . قال القاضى : والرجوع فى الهبة ليس من محاسن الأخلاق ، والشارع عليه الصلاة والسلام إنما بعث ليتمم محاسن الأخلاق ، وهذا القدر كاف فى هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما »

كتاب الوصايا

والنظر فيها ينقسم أولا قسمين القسم الأول : النظر فى الأركان . والثانى : فى الأحكام . ونحن إنما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

القول فى الأركان

والأركان أربعة : الموصى ، والموصى له ، والموصى به ، والوصية . أما الموصى فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك ، ويصح عند مالك وصية السفيه والصبى الذى يعقل القرب ؛ وقال أبوحنيفة لاتجوز وصية الصبى الذى لم يبلغ ، وعن الشافعى القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم . وأما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لاتجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام « لاوَصيَّةَ لوَارِث » واختلفوا هل تجوز لغير القرابة ؟ فقال جمهورالعلماء : إنها تجوز لغير الأقربين مع الكراهية ، وقال الحسن وطاوس : ترد الوصية على القرابة ، وبه قال إسحق ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى ـ الوَصيَّةُ للوَالِدَيْنِ والأَقْرَبِينَ ـ والألف واللام تقتضى الحصر . واحتج الجمهور بحديث عمران بن حصين المشهور وهو « أن رجلا أعتق ستة أعبد له فى مرضه عند موته لامال له غيرهم ، فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » والعبيد غير القرابة . وأجمعوا ـ كما قلنا ـ أنها لاتجوز لوارث إذا لم يجزها الورثة . واختلفوا ـ كما قلنا ـ إذا أجازتها الورثة ، فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر والمزنى : لاتجوز . وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة ؟ فمن قال عبادة قال : لاتجوز وإن أجازها الورثة ؛ ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها إذا أجازها الورثة ؛ وتردد هذا الخلاف راجع إلى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية لوارث» هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول ؟ واختلفوا فى الوصية للميت ، فقال قوم : تبطل بموت الموصى له ، وهم الجمهور ؛ وقال قوم : لاتبطل وفى الوصية للقاتل

خطأ وعمداً وفى هذا الباب فرع مشهور ، وهو إذا أذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا فى ذلك بعد موته ؟ فقيل لهم ، وقيل ليس لهم ، وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة فى عيال الميت أولا يكونوا ، أعنى أنهم إن كانوا فى عياله كان لهم الرجوع ، والثلاثة الأقوال فى المذهب .

القول فى الموصى به والنظر فى جنسه وقدره

أما جنسه فإنهم اتفقوا على جواز الوصية فى الرقاب ، واختلفوا فى المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار : ذلك جائز ؛ وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة . وعمدة الجمهور أن المنافع فى معنى الأموال . وعمدة الطائفة الثانية أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث ، لأن الميت لاملك له فلا تصح له وصية بما يوجد فى ملك غيره ، وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر . وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لاتجوز الوصية فى أكثر من الثلث لمن ترك ورثة . واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفى القدر المستحب منها ، هل هو الثلث أو دونه ؟ وإنما صار الجميع إلى أن الوصية لاتجوز فى أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم « أنه عاد سعد بن أبى وقاص فقال له يا رسول الله : قد بلغ منى الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة لى ، أفأتصدق بثلثى مالى ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، فقال له سعد : فالشطر؟ قال : لا ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الثُّلُثُ والثُّلُثُ كَثِيرٌ إنَّكَ أنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أغْنِياءَ خَيْرٌ مِنْ أنْ تَذَرَهُمْ عالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » فصار الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لاتجوز بأكثر من الثلث ، واختلفوا فى المستحب من ذلك ، فذهب قوم إلى أنه ما دون الثلث ، لقوله عليه الصلاة والسلام فى هذا الحديث « والثلث كثير » وقال بهذا كثير من السلف . قال قتادة : أوصى أبو بكر بالخمس ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب إلى . وأما من ذهب إلى أن المستحب هو الثلث فإنهم اعتمدوا على ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنَّ اللهَ جَعَلَ لَكُمْ فى الوَصِيَّةِ ثُلُثَ أمْوَالِكُمْ

زِيادَةً فى أعمالِكُمْ » وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث . وثبت عن ابن عباس أنه قال : لوغض الناس فى الوصية من الثلث إلى الربع لكان أحب إلى ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الثلث والثلث كثير » . وأما اختلافهم فى جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لاوارث له ، فإن مالكا لايجيز ذلك والأوزاعى ، واختلف فيه قول أحمد ، وأجاز ذلك أبوحنيفة وإسحق ، وهو قول ابن مسعود . وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التى علله بها الشارع أم ليس بخاص ، وهو أن لايترك ورثته عالة يتكففون الناس . كما قال عليه الصلاة والسلام « إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » فمن جعل هذا السبب خاصاوجب أن يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ؛ ومن جعل الحكم عبادة وإن كان قد علل بعلة ، أو جعل جميع المسلمين فى هذا المعنى بمنزلة الورثة قال : لاتجوز الوصية بإطلاق بأكثر من الثلث .

القول فى المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية

والوصية بالجملة هى هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به ، وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق ، أعنى أن للموصى أن يرجع فيما أوصى به ، إلا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ما سيأتى فى كتاب التدبير ، وأجمعوا على أنه لايجب للموصى له إلا بعد موت الموصى . واختلفوا فى قبول الموصى له هل هو شرط فى صحتها أم لا ؟ فقال مالك : قبول الموصى له إياها شرط فى صحة الوصية ؛ وروى عن الشافعى أنه ليس القبول شرطا فى صحتها ، ومالك شبهها بالهبة .

القول فى الأحكام

وهذه الأحكام منها لفظية ، ومنها حسابية ، ومنها حكمية . فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم فى حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به فى ماله مما هو الثلث ، فقال الورثة : ذلك الذى عين أكثر من الثلث ، فقال مالك : الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذى عينه الموصى أو يعطوه

الثلث من جميع مال الميت ؛ وخالفه فى ذلك أبوحنيفة والشافعى وأبوثور وأحمد وداود . وعمدتهم أن للوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله إياها باتفاق ، فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية . وعمدة مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه ، وما أحسن ما رأى أبوعمر بن عبد البر فى هذه المسئلة ، وذلك أنه قال : إذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا ، فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشىء الموصى به وكان شريكا للورثة ، وإن كان الثلث فأقل جبروا على إخراجه ، وإذا لم يختلفوا فى أن ذلك الشىء الموصى به هو فوق الثلث ، فعند مالك أن الورثة مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما وصى له به ، أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت ، إما فى ذلك الشىء بعينه ، وإما فى جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك فى ذلك ؛ وقال أبوحنيفة والشافعى : له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا للورثة فى جميع ماترك الميت حتى يستوفى تمام الثلث. وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى فى أن جعل وصيته فى شىء بعينه ، فهل الأعدل فى حق الورثة أن يخيروا بين إمضاء الوصية أو يفرجوا له إلى غاية ما يجوز للميت أن يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركا ، وهذا هو الأولى إذا قلنا إن التعدى هو فى التعيين لكونه أكثر من الثلث ، أعنى أن الواجب أن يسقط التعيين . وإما أن يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها وإذا وصى بها فهل هى من الثلث ، أو من رأس المال ؟ فقال مالك : إذا لم يوص بها لم يلزمه الورثة إخراجها ، وقال الشافعى : يلزم الورثة إخراجها من رأس المال ، وإذا وصى بها ؛ فعند مالك يلزم الورثة إخراجها وهى عنده من الثلث ، وهى عند الشافعى فى الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فَدَيْنُ الله أحَقُّ أنْ يُقْضَى » وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ، ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية بإخراجها بعد الموت ، ولا خلاف أنه لو أخرجها فى الحياة أنها من رأس المال . ولو كان فى السياق ، وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة ، أعنى فى توصيته بإخراجها ، قال : ولو أجيز هذا لجاز

للإنسان أن يؤخر جميع زكاته طول عمره إذا دنا من الموت وصى بها فإذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ماهو أضعف منها ؛ وقال أبوحنيفة : هى وسائر الوصايا سواء ، يريد فى المحاصة . واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التى يضيق عنها الثلث إذا كانت مستوية أنها تتحاصّ فى الثلث ، وإذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم . واختلفوا فى الترتيب على ما هو مسطور فى كتبهم . ومن مسائلهم الحسابية المشهورة فى هذا الباب إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه وردّ للورثة الزائد ، فعند مالك والشافعى أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا ؛ وقال أبوحنيفة : بل يقتسمان الثلث بالسوية . وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به فى القسمة كما يسقط فى نفسه بإسقاط الورثة ؟ فمن قال يبطل فى نفسه ولا يبطل الاعتبار به فى القسمة إذ كان مشاعا قال : يقتسمون المال أخماسا ؛ ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معينا قال : يقتسمون الباقى على السواء . ومن مسائلهم اللفظية فى هذا الباب إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لايعلم به ، فعند مالك أن الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم ، وعند الشافعى تكون فى المالين . وسبب الخلاف هل اسم المال الذى نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم ، أو ما علم فقط ؟ والمشهور عن مالك أن المدبر يكون فى المالين إذا لم يخرج من المال الذى يعلم . وفى هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة إلى هذه الثلاثة الأجناس ، ولاخلاف بينهم أن للرجل أن يوصى بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التى للإمام أن يوصى بها .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الفرائض

والنظر فى هذا الكتاب ، فيمن يرث ، وفيمن لايرث . ومن يرث هل يرث دائما ، أو مع وارث دون وارث ؛ وإذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك إذا ورث وحده كم يرث ؟ وإذا ورث مع وارث ، فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لايختلف ؟ . والتعليم فى هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض ، والسبيل الحاضرة فى ذلك بأن يذكر حكم

جنس جنس من أجناس الورثة إذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية ، مثال ذلك أن ينظر إلى الولد إذا انفرد كم ميراثه ، ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين . فأما الأجناس الوارثة فهى ثلاثة : ذو نسب وأصهار ، وموالى . فأما ذوو النسب ، فمنها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها . فأما المتفق عليها فهى الفروع : أعنى الأولاد ، والأصول : أعنى الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو إناثا ، وكذلك الفروع المشاركة للميت فى الأصل الأدنى : أعنى الإخوة ذكورا أو إناثا ، أو المشاركة الأدنى أو الأبعد فى أصل واحد وهم الأعمام وبنو الأعمام ، وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط ، وهؤلاء إذا نصاوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة ؛ أما الرجال : فالابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد أبو الأب وإن علا والأخ من أى جهة كان : أعنى للأم والأب أو لأحدهما وابن الأخ وإن سفل والعم وابن العم وإن سفل والزوج ومولى النعمة . وأما النساء : فالابنة وابنة الابن وإن سفلت والأم والجدة وإن علت والأخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوو الأرحام ، وهم من لافرض لهم فى كتاب الله ولا هم عصبة ، وهم بالجملة بنو البنات وبنات الإخوة وبنو الأخوات وبنات الأعمام والعم أخو الأب للأم فقط وبنو الإخوة للأم والعمات والخالات والأخوال ؛ فذهب مالك والشافعى وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة إلى أنه لاميراث لهم ؛ وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة العلماء من سائر الآفاق إلى توريثهم . والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا فى صفة توريثهم ؛ فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى توريثهم على ترتيب العصبات ، وذهب سائر من ورثهم إلى التنزيل ، وهو أن ينزل كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذى أدلى به . وعمدة مالك ومن قال بقوله أن الفرائض لما كانت لامجال للقياس فيها كان الأصل أن لايثبت فيها شىء إلا بكتاب أو سنة ثابتة أو إجماع ، وجميع ذلك معدوم فى هذه المسئلة . وأما الفرقة الثانية ، فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى - وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ - وقوله تعالى - لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ - واسم القرابة ينطلق على ذوى الأرحام ، ويرى

المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث . وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اللهُ وَرَسُولُهُ مَوْلى مَنْ لامَوْلى لَهُ ، والخالُ وَارِثُ مَنْ لا وَارِثَ لَهُ » . وأما من طريق المعنى فإن القدماء من أصحاب أبى حنيفة قالوا : إن ذوى الأرحام أولى من المسلمين لأنهم قد اجتمع لهم سببان : القرابة والإسلام ، فأشبهوا تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب ، أعنى أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد . وأما أبو زيد ومتأخرو أصحابه فشبهوا الإرث بالولاية وقالوا : لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوى الأرحام وجب أن يكون لهم ولاية الإرث ، وللفريق الأول اعتراضات فى هذه المقاييس فيها ضعف. وإذ قد تقرر هذا فلنشرع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ، ونذكر من ذلك مايجرى مجرى الأصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها .

(ميراث الصلب) وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم إن كانوا ذكورا وإناثا معا هو أن للذكر منهم مثل حظ الأنثيين ، وأن الابن الواحد إذا انفرد فله جميع المال ، وأن البنات إذا انفردن فكانت واحدة أن لها النصف ، وإن كن ثلاثا فما فوق ذلك فلهن الثلثان . واختلفوا فى الاثنتين فذهب الجمهور إلى أن لهما الثلثين ، وروى عن ابن عباس أنه قال : للبنتين النصف . والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى - فإنْ كُنَّ نِساءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثا ما تَرَكَ - هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة ؟ والأظهر من باب دليل الخطاب أنهما لاحقان بحكم الواحدة ؛ وقد قيل إن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبدالله وعن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى البنتين الثلثين » قال فيما أحسب أبو عمر ابن عبد البر وعبد الله بن عقيل : قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون . وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى - يُوصِيكُمُ اللهُ فى أوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ - إلى قوله - وإنْ كانَتْ وَاحِدَةً فَلَها النِّصْفُ - وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد

البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون ، إلا شيء روى عن مجاهد أنه قال : ولد الابن لايحجبون الزوج من النصف إلى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع إلى الثمن ، ولا الأم من الثلث إلى السدس . وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب إذا استكمل بنات المتوفى الثلثين . واختلفوا إذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن فى مرتبتهن أو أبعد منهن ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : إنه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة . وذهب أبو ثور وداود أنه إذا استكمل البنات الثلثين أن الباقى لابن الابن دون بنات الابن كن فى مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه . وكان ابن مسعود يقول فى هذه - للذكر مثل حظ الأنثيين - إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا تعطى إلا السدس . وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى - يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين - وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى ، وأيضا لما كان ابن الابن يعصب من فى درجته فى جملة المال فواجب أن يعصب فى الفاضل من المال . وعمدة داود وأبى ثور حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اقْسِمُوا المَالَ بَيْنَ أَهْلِ الفَرَائِضِ عَلَى كِتَابِ اللهِ عَزَّ وجَلَّ ، فَمَا أَبْقَتِ الفَرَائِضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » ومن طريق المعنى أيضا أن بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان أحرى أن لاترث مع غيرها ؛ وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر فى الترجيح . وأما قول ابن مسعود فمبنىّ على أصله فى أن بنات الابن لما كُنّ لايرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد ، وهى حجة قريبة من حجة داود ، والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان فى درجتهن أو أطرف منهن . وشذ بعض المتأخرين فقال : لايعصبهن إلا إذا كان فى مرتبتهن ؛ وجمهور العلماء على أنه إذا ترك المتوفى بنتا لصلب وبنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر أن لبنات الابن السدس تكملة الثلثين ، وخالفت الشيعة فى ذلك فقالت : لاترث بنت الابن مع البنت شيئا كالحال فى ابن الابن مع

الابن ، فالاختلاف فى بنات الابن فى موضعين : مع بنى الابن ، ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف . فالمتحصل فيهن إذا كن مع بنى الابن أنه قيل يرثن ، وقيل لايرثن ؛ وإذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيبا مطلقا ، وقيل يرثن تعصيبا إلا أن يكون أكثر من السدس ؛ وإذا قيل يرثن فقيل أيضا إذا كان ابن الابن فى درجتهن وقيل كيفما كان ، والمتحصل فى وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف إلى تكملة الثلثين قيل يرثن، وقيل لا يرثن .

(ميراث الزوجات) وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن النصف ذكرا كان الولد أو أنثى ، إلا ما ذكرنا عن مجاهد ، وأنها إن تركت ولدا فله الربع ، وأن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك ازوج ولدا ولا ولد ابن الربع ، فإن ترك ولدا أو ولد ابن فالثمن ، وأنه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن إلا الولد ، وهذا لورود النص فى قوله تعالى ـ وَلَكُمْ نِصْفُ ما تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ ـ الآية .

(ميراث الأب والأم) وأجمع العلماء على أن الأب إذا انفرد كان له جميع المال ، وأنه إذا انفرد الأبوان كان للأم الثلث وللأب الباقى لقوله تعالى ـ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ـ وأجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنهما إذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان ، أعنى أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى ـ ولِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إنْ كانَ لَهُ وَلَدٌ ـ والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الأنثى وخالفهم فى ذلك من شذ ؛ وأجمعوا على أن الأب لاينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد ؛ وأجمعوا من هذا الباب على أن الأم يحجبها الإخوة من الثلث إلى السدس لقوله تعالى ـ فإنْ كانَ لَهُ إخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ـ . واختلفوا فى أقل ما يحجب الأم من الثلث إلى السدس من الإخوة ، فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود إلى أن الإخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا ، وبه قال مالك وذهب ابن عباس إلى أنهم ثلاثة فصاعدا ، وأن الاثنين لايحجبان الأم من الثلث إلى السدس ، والخلاف آيل إلى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ؛ فمن

قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال: الإخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ؛ ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال : الإخوة الحاجبون هما اثنان أعنى فى قوله تعالى ـ فإن كان له إخوة ـ ولا خلاف أن الذكر والأنثى يدخلان تحت اسم الإخوة فى الآية وذلك عند الجمهور . وقال بعض المتأخرين لا أنقل الأم من الثلث إلى السدس بالأخوات المنفردات ، لأنه زعم أنه ليس ينطلق عليهن اسم الإخوة إلا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث ، إذ اسم الإخوة هو جمع أخ ، والأخ مذكر . واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الأم بالإخوة ، وذلك إذا ترك المتوفى أبوين وإخوة ، فقال الجمهور : ذلك السدس للأب مع الأربعة الأسداس . وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للإخوة الذين حجبوا ، وللأب الثلثان لأنه ليس فى الأصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب إلا الإخوة مع الآباء ، وضعف قوم الإسناد بذلك عن ابن عباس ، وقول ابن عباس هو القياس . واختلفوا من هذا الباب فى التى تعرف بالغرّاوين ، وهى فيمن ترك زوجة وأبوين ، أو زوجا وأبوين ؛ فقال الجمهور : فى الأولى للزوجة الربع ، وللأم ثلث ما بقى ، وهو الربع من رأس المال ، وللأب ما بقى وهو النصف ، وقالوا فى الثانية : للزوج النصف وللأم ثلث ما بقى وهو السدس من رأس المال ، وللأب ما بقى وهو السدسان ، وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه . وقال ابن عباس فى الأولى : للزوجة الربع من رأس المال ، وللأم الثلث منه أيضا لأنها ذات فرض ، وللأب ما بقى لأنه عاصب ؛ وقال أيضا فى الثانية : للزوج النصف ، و للأم الثلث لأنها ذات فرض مسمى ، وللأب ما بقى ، وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة . وعمدة الجمهور أن الأب والأم لما كانا إذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللأب الباقى ، وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال ، كأنهم رأوا أن يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجا عن الأصول . وعمدة الفريق الآخر أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب ، والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض ، بل يقلّ ويكثر ، وما عليه الجمهور من طريق

التعليل أظهر، وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل أظهر ، وأعنى بالتعليل ههنا أن يكون أحق سببى الإنسان أولى بالإيثار : أعنى الأب من الأم .

(ميراث الإخوة للأم) وأجمع العلماء على أن الإخوة للأم إذا انفرد الواحد منهم أن له السدس ذكرا كان أو أنثى وأنهم إن كانوا أكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية ، للذكر منهم مثل حظ الأنثى سواء . وأجمعوا على أنهم لايرثون مع أربعة : وهم الأب والجد أبو الأب وإن علا ، والبنون ذكرانهم وإناثهم ، وبنو البنين وإن سفلوا ذكرانهم وإناثهم ، وهذا كله لقوله تعالى ـ ـ وإنْ كانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أوْ امْرأةٌ وَلَهُ أخٌ أوْ أُخْتٌ ـ الآية ، وذلك أن الإجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الإخوة للأم فقط ، وقد قرئ « وله أخ أو أخت من أمه » وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على أن الكلالة هى فقد الأصناف الأربعة التى ذكرنا من النسب : أعنى الآباء والأجداد والبنين وبنى البنين .

(ميراث الإخوة للأب والأم أو للأب) وأجمع العلماء على أن الإخوة للأب والأم أو للأب فقط يرثون فى الكلالة أيضا . أما الأخت إذا انفردت فإن لها النصف وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان ، ، كالحال فى البنات ، وأنهم إن كانوا ذكورا وإناثا فللذكر مثل حظ الأنثيين كحال البنين مع البنات ، وهذا لقوله تعالى ـ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فى الكَلالَةِ ـ إلا أنهم اختلفوا فى معنى الكلالة ههنا فى أشياء واتفقوا منها فى أشياء يأتى ذكرها إن شاء الله تعالى ؛ فمن ذلك أنهم أجمعوا من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم ذكرانا كانوا أو إناثا أنهم لايرثون مع الولد الذكر شيئا ، ولا مع ولد الولد ولا مع الأب شيئا . واختلفوا فيما سوى ذلك ؛ فمنها أنها اختلفوا فى ميراث الإخوة للأب والأم مع البنت أو البنات ، فذهب الجمهور إلى أنهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات ؛ وذهب داود بن على الظاهرى وطائفة إلى أن الأخت لاترث مع البنت شيئا . وعمدة الجمهور فى هذا الحديث ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى ابنة وابنة ابن وأخت « إنَّ للبِنْتِ النِّصْفَ وَلابْنَةِ الابْنِ السُّدُسَ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ وَما بَقِى فَلِلأُخْتِ » .

وأيضا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الإخوة مع البنات ، فكذلك الأخوات . وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى - إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ - فلم يجعل للأخت شيئا إلا مع عدم الولد ، والجمهور حملوا اسم الولد ههنا على الذكور دون الإناث . وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم يحجبون الإخوة للأب عن الميراث قياسا على بنى الأبناء مع بنى الصلب . قال أبو عمر : وقد روى ذلك فى حديث حسن من رواية الآحاد العدول . عن على رضى الله عنه قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات » وأجمع العلماء على أن الأخوات للأب والأم إذا استكملن الثلثين فإنه ليس للأخوات للأب معهن شىء كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب ، وأنه إن كانت الأخت للأب والأم واحدة فللأخوات للأب ما كن بقية الثلثين وهو السدس . واختلفوا إذا كان مع الأخوات للأب ذكر ، فقال الجمهور : يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب ؛ واشترط مالك أن يكون فى درجتهن ؛ وقال ابن مسعود : إذا استكمل الأخوات الشقائق الثلثين فالباقى للذكور من الإخوة للأب دون الإناث ، وبه قال أبو ثور ؛ وخالفه داود فى هذه المسئلة ، مع موافقته له فى مسئلة بنات الصلب وبنى البنين ، فإن لم يستكملن الثلثين ، فللذكر عنده من بنى الأب مثل حظ الأنثيين ، إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال فى بنت الصلب مع بنى الابن . وأدلة الفريقين فى هذه المسئلة هى تلك الأدلة بأعيانها . وأجمعوا على أن الإخوة للأب يقومون مقام الإخوة للأب والأم عند فقدهم ، كالحال فى بنى البنين مع البنين ، وأنه إذا كان معهن ذكر عصبهن ، بأن يبدأ بمن له فرض مسمى ، ثم يرثون الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين كالحال فى البنين إلا فى موضع واحد وهى الفريضة التى تعرف بالمشركة ، فإن العلماء اختلفوا فيها ، وهى امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها وأمها ، فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف والأم السدس وللإخوة للأم الثلث ، فيستغرقون المال فيبقى الإخوة للأب والأم بلا شىء ؛ فكانوا يشركون الإخوة للأب والأم

فى الثلث مع الإخوة للأم يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . وبالتشريك قال من فقهاء الأمصار مالك والشافعى والثورى . وكان على رضى الله عنه وأبى بن كعب وأبو موسى الأشعرى لا يشركون إخوة الأب والأم فى الثلث مع إخوة الأم فى هذه الفريضة ، ولا يوجبون لهم شيئا فيها ، وقال به من فقهاء الأمصار : أبو حنيفة وابن أبى ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة . وحجة الفريق الأول أن الإخوة للأب والأم يشاركون الإخوة للأم فى السبب الذى به يستوجبون الإرث وهى الأم فوجب أن لا ينفردوا به دونهم ، لأنه إذا اشتركوا فى السبب الذى به يورثون وجب أن يشتركوا فى الميراث . وحجة الفريق الثانى أن الإخوة الشقائق عصبة ، فلا شىء لهم إذا أحاطت فرائض ذوى السهام بالميراث . وعمدتهم باتفاق الجميع على أن من ترك زوجا وأما وأخا واحدا لأم وإخوة شقائق عشرة أو أكثر أن الأخ للأم يستحق ههنا السدس كاملا ، والسدس الباقى بين الباقين مع أنهم مشاركون له فى الأم . فسبب الاختلاف فى أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الألفاظ فيما فيه نص .

(ميراث الجد) وأجمع العلماء على أن الأب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الأب عند عدم الأب مع البنين وأنه عاصب مع ذوى الفرائض . واختلفوا هل يقوم مقام الأب فى حجب الإخوة الشقائق ، أو حجب الإخوة للأب ؟ فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة إلى أنه يحجبهم ، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن سريج من أصحاب الشافعى وداود وجماعة . واتفق على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الإخوة مع الجد ، إلا أنهم اختلفوا فى كيفية ذلك على ما أقوله بعد . وعمدة من جعل الجد بمنزلة الأب اتفاقهما فى المعنى ، أعنى من قبل أن كليهما أب للميت ، ومن اتفاقهما فى كثير من الأحكام التى أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى إنه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : أما يتقى الله زيد ابن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب الأب أبا . وقد أجمعوا على أنه مثله فى أحكام أخر سوى الفروض ، منها أن شهادته لحفيده كشهادة الأب وأن الجد يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن ، وأنه لا يقتص له من

جد كما لا يتعصب له من أب . وعمدة من ورّث الأخ مع الجد أن الأخ أقرب إلى الميت من الجد ، لأن الجد أبو أبي الميت ، والأخ ابن أبي الميت ، والابن أقرب من الأب . وأيضا فما أجمعوا عليه من أن ابن الأخ يقدم على العم ، وهو يدلى بالأب ، والعم يدلى بالجد . فسبب الخلاف تعارض القياس فى هذا الباب . فإن قيل : فأى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى ؟ قلنا : قياس من ساوى بين الأب والجد ، فإن الجد أب فى المرتبة الثانية أو الثالثة ، كما أن ابن الابن ابن فى المرتبة الثانية أو الثالثة ، وإذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الإخوة فالجد يجب أن يحجب من يحجب الابن ، والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع ، وإنما هو مشارك له فى الأصل ، والأصل أحق بالشىء من المشارك له فى الأصل ، والجد ليس هو أصلا للميت من قبل الأب بل هو أصل أصله ، والأخ يرث من قبل أنه فرع لأصل الميت ، فالذى هو أصل لأصله أولى من الذى هو فرع لأصله ، ولذلك لامعنى لقول من قال إن الأخ يدلى بالبنوة ، والجد يدلى بالأبوة ، فإن الأخ ليس ابنا للميت وإنما هو ابن أبيه ، والجد أبو الميت ، والبنوة إنما هى أقوى فى الميراث من الأبوة فى الشخص الواحد بعينه أعنى الموروث ، وأما البنوة التى تكون لأب موروث ، فليس يلزم أن تكون فى حق الموروث أقوى من الأبوة التى تكون لأب الموروث ، لأن الأبوة التى لأب الموروث هى أبوة ما للموروث : أعنى بعيدة ، وليس البنوة التى لأب الموروث بنوة ما للموروث لاقريبة ولابعيدة ، فمن قال الأخ أحق من الجد ، لأن الأخ يدلى بالشىء الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الأب والجد يدلى بالأبوة هو قول غالط مخيل ، لأن الجد أب مّا ، وليس الأخ ابنا ما . وبالجملة الأخ لاحق من لواحق الميت ، وكأنه أمر عارض والجد سبب من أسبابه ، والسبب أملك للشىء من لاحقه . واختلف الذين ورثوا الجد مع الإخوة فى كيفية ذلك : فتحصيل مذهب زيد فى ذلك أنه لايخلو أن يكون معه سوى الإخوة ذو فرض مسمى أو لايكون ، فإن لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطى الأفضل له من اثنين ، إما ثلث المال ، وإما أن يكون كواحد من الإخوة الذكور ، وسواء كان الإخوة ذكرانا أو إناثا أو الأمرين جميعا فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المال ، وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والأربعة

يأخذ الثلث ، وهو مع الأخت الواحدة إلى الأربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الأنثيين ، ومع الخمس أخوات له الثلث ، لأنه أفضل له من المقاسمة ، فهذه هي حاله مع الإخوة فقط دون غيرهم . وأما إن كان معهم ذو فرض مسمى فإنه يبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم ، فما بقي أعطى الأفضل له من ثلاث : إما ثلث ما بقي بعد حظوظ ذوى الفرائض ، وإما أن يكون بمنزلة ذكر من الإخوة ، وإما أن يعطى السدس من رأس المال لاينقص منه ، ثم ما بقي يكون للإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين فى الأكدرية على ماسنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء . وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الأحظى له من السدس أو المقاسمة ، وسواء كان مع الجد والإخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن ، وإنما لم ينقصه من السدس شيئا ، لأنهم لما أجمعوا أن الأبناء لاينقصونه منه شيئا كان أحرى أن لاينقصه الإخوة . وعمدة قول زيد أنه لما كان يحجب الإخوة للأم فلم يحجب عما يجب لهم وهو الثلث ، وبقول زيد قال مالك والشافعى والثورى وجماعة ، وبقول على رضى الله عنه قال أبو حنيفة .

وأما الفريضة التى تعرف بالأكدرية وهى امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختا شقيقة وجدا فإن العلماء اختلفوا فيها ، فكان عمر رضى الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس ، وذلك على جهة العول . وكان على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس فريضة ، إلا أن زيدا يجمع سهم الأخت والجد ، فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد ، وضعف الجميع التشريك الذى قال به زيد فى هذه الفريضة ، وبقول زيد قال مالك ؛ وقيل إنما سميت الأكدرية لتكدر قول زيد فيها ، وهذا كله على مذهب من يرى العول ، وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار ، إلا ابن عباس فإنه روى عنه أنه قال : أعال الفرائض عمر بن الخطاب ، وايم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فريضة ، قيل له : وأيها قدم الله ، وأيها أخر الله ؟ قال : كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها إلا إلى فريضة أخرى فهى ما قدم الله ، وكل فريضة إذا زالت عن فرضها لم يكن لها إلا ما بقى فتلك التى أخر الله

فالأول مثل الزوجة والأم ، والمتأخر مثل الأخوات والبنات ، قال : فإذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله ، فإن بقى شىء فلمن أخر الله ، وإلا فلا شىء له ، قيل له : فهلا قلت هذا القول لعمر : قال : هبته . وذهب زيد إلى أنه إذا كان مع الجد والإخوة الشقائق إخوة لأب ، أن الإخوة الشقائق يعادون الجد بالإخوة للأب ، فيمنعونه بهم كثرة الميراث ، ولا يرثون مع الإخوة الشقائق شيئا إلا أن يكون الشقائق أختا واحدة ، فإنها تعادى الجد بأخوتها للأب ما بينهما [1] وبين أن تستكمل فريضتها وهى النصف ، وإن كان فيما يحاز لها ولإخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله ، فهو لإخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن لم يفضل شىء على النصف فلا ميراث لهم ، فأما على رضى الله عنه فكان لايلتفت هنا للإخوة للأب للإجماع ، على أن الإخوة الشقائق يحجبونهم ، ولأن هذا الفعل أيضا مخالف الأصول ، أعنى أن يحتسب بمن لايرث ، واختلف الصحابة رضى الله عنهم من هذا الباب فى الفريضة التى تدعى الخرقاء ، وهى أم وأخت وجد على خمسة أقوال . فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس إلى أن للأم الثلث والباقى للجد وحجبوا به الأخت ، وهذا على رأيهم فى إقامة الجد مقام الأب . وذهب على رضى الله عنه إلى أن للأم الثلث وللأخت النصف وما بقى للجد . وذهب عثمان إلى أن للأم الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث ، وذهب ابن مسعود إلى أن للأخت النصف وللجد الثلث وللأم السدس ، وكان يقول معاذ الله أن أفضل أما على جد . وذهب زيد إلى أن للأم الثلث وما بقى بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين .

(ميراث الجدات) وأجمعوا على أن للجدة أم الأم السدس مع عدم الأم ، وأن للجدة أيضا أم الأب عند فقد الأب السدس ، فإن اجتمعا كان السدس بينهما . واختلفوا فيما سوى ذلك ؛ فذهب زيد وأهل المدينة إلى أن الجدة أم الأم يفرض لها السدس فريضة ، فإذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما إذا كان قعددهما سواء ، أو كانت أم الأب أقعد ، فإن كانت أم الأم أقعد : أى أقرب إلى الميت كان لها السدس ، ولم يكن للجدة أم الأب شىء ، وقد روى عنه

(١) هكذا هذه العبارة بالأصول ، ولينظر ما معناها اه مصححه .

أيهما أقعد كان لها السدس ، وبه قال على رضى الله عنه ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثورى وأبو ثور ، وهؤلاء ليس يورثون إلا هاتين الجدتين المجتمع على توريثهما ، وكان الأوزاعى وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنتان من قبل الأب أم الأب وأم أبى الأب : أعنى الجد ، وكان ابن مسعود يورّث أربع جدات : أم الأم وأم الأب وأم أبى الأب : أعنى الجد وأم أبى الأم : أعنى الجد ، وبه قال الحسن وابن سيرين : وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات فى السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها . وقد روى عنه أنه كان يسقط القصوى بالدنيا إذا كانتا من جهة واحدة . وروى عن ابن عباس أن الجدة كالأم إذا لم تكن أم ، وهو شاذ عند الجمهور ، ولكن له حظ من القياس . فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعى ، ومن قال بمذهب زيد ما رواه مالك أنه قال « جاءت الجدة إلى أبى بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها ، فقال أبو بكر : مالك فى كتاب الله عز وجل شىء وما علمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعى حتى أسأل الناس ، فقال له المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ فقال : محمد بن مسلمة ، فقال مثل ما قال المغيرة ، فأنفذه أبو بكر لها ، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر ابن الخطاب تسأله ميراثها ، فقال لها : ما لك فى كتاب الله عز وجل شىء ، وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك ، وما أنا بزائد فى الفرائض ، ولكنه ذلك السدس ، فإن اجتمعتما فيه فهو لكما ، وأيتكما انفردت به فهو لها » وروى مالك أيضا أنه أتت الجدتان إلى أبى بكر ، فأراد أن يجعل السدس للتى من قبل الأم ، فقال له رجل : أما إنك تترك التى لو ماتت وهو حى كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما . قالوا : فواجب أن لا يتعدى فى هذا هذه السنة وإجماع الصحابة . وأما عمدة من ورّث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم « أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات : اثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم » وأما ابن مسعود فعمدته القياس فى تشبيهها بالجدة للأب لكن الحديث يعارضه .

واختلفوا هل يحجب الجدة للأب ابنها وهو الأب ؛ فذهب زيد إلى أنه

يحجب ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود ؛ وقال آخرون : ترث الجدة مع ابنها ، وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة ، وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد ، وهو قول الفقهاء المصريين . وعمدة من حجب الجدة بابنها أن الجد لما كان محجوبا بالأب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك . وأيضا فلما كانت أم الأم لاترث بإجماع مع الأم شيئاً كان كذلك أم الأب مع الأب . وعمدة الفريق الثانى ماروى الشعبى عن مسروق عن عبد الله قال : أول جدة أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا جدة مع ابنها وابنها حى قالوا : ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم لايحجبن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات ، وينبغى أن يعلم أن مالكا لايخالف زيدا إلا فى فريضة واحدة ، وهى امرأة هلكت وتركت زوجا وأما وإخوة لأم وإخوة لأب وأم وجدا ، فقال مالك : للزوج النصف ، وللأم السدس وللجد ما بقى وهو الثلث ، وليس للإخوة الشقائق شىء ؛ وقال زيد : للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، وما بقى للإخوة الشقائق ، فخالف مالك فى هذه المسئلة أصله من أن الجد لايحجب الإخوة الشقائق ولا الإخوات للأب . وحجته أنه لما حجب الإخوة للأم عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى أصله فى أنه لايحجبهم .

باب فى الحجب

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب ، وأن الأخ للأب يحجب بنى الأخ الشقيق ، وأن بنى الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للأب ، وبنو الأخ للأب أولى من بنى ابن الأخ للأب والأم ، وبنو الأخ للأب أولى من العم أخى الأب ، وابن العم أخى الأب الشقيق أولى من ابن العم أخى الأب للأب ، وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ، ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف . وبالجملة ، أما الإخوة فالأقرب منهم يحجب الأبعد ، فإذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الأب فقط ؛ وكذلك الأعمام الأقرب منه يحجب الأبعد ، فإن

استووا حجب منهم من يدلى منهم إلى الميت بسببين من يدلى بسبب واحد ، أعنى أنه يحجب العم أخو الأب لأب وابن العم الذى هو أخو الأب لأب فقط . وأجمعوا على أن الإخوة الشقائق والإخوة للأب يحجبون الأعمام ، لأن الإخوة بنو أب المتوفى ، والأعمام بنو جده ، والأبناء يحجبون بنيهم ، والآباء أجدادهم ، والبنون وبنوهم يحجبون الإخوة ، والجد يحجب من فوقه من الأجداد بإجماع ، والأب يحجب الإخوة ويحجب من تحجبه الإخوة ، والجد يحجب الأعمام بإجماع والإخوة للأم ، ويحجب بنو الإخوة الشقائق وبنى الإخوة للأب ، والبنات وبنات البنين يحجبن الإخوة للأم . واختلف العلماء فيمن ترك ابنى عم أحدهما أخ للأم ، فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى : للأخ للأم السدس من جهة ما هو أخ لأم وهو فى باقى المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء ، وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس ؛ وقال قوم : المال كله لابن العم الذى هو أخ لأم يأخذ سدسه بالأخوة وبقيته بالتعصيب ، لأنه قد أدلى بسببين . وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ، ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى ، وهو قول الحسن وعطاء. واختلف العلماء فى رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض إذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب ، فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل فى بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى ؛ وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ما عدا الزوج والزوجة وإن كانوا اختلفوا فى كيفية ذلك ، وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين . وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم ، فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقى ، وهكذا فى جزء جزء . وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط : أى أن هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد . وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيما تعلق بأسباب المواريث يجب أن نذكرها هنا ، فمنها أنه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى - وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً - ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ ، ولا الكافِرُ المُسْلِمَ » واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر ، وفى ميراث المسلم المرتد ، فذهب جمهور

العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار إلى أنه لايرث المسلم الكافر بهذا الأثر الثابت ؛ وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد ابن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة إلى أن المسلم يرث الكافر ، وشبهوا ذلك بنسائهم ، فقالوا : كما يجوز لنا أن ننكح نساءهم ولا يجوز لنا أن ننكحهم نساءنا كذلك الإرث ، ورووا فى ذلك حديثا مسندا ، قال أبو عمر : وليس بالقوىّ عند الجمهور ، وشبهوه أيضا بالقصاص فى الدماء التى لاتتكافأ .

وأما مال المرتد إذا قتل أو مات ، فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته ، وبه قال مالك والشافعى وهو قول زيد من الصحابة . وقال أبو حنيفة والثورى وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما . وعمدة الفريق الأول عموم الحديث ، وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس ، وقياسهم فى ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لأنهم يدلون بسببين : بالإسلام والقرابة ، والمسلمون بسبب واحد ، وهو الإسلام ، وربما أكدوا بما يبقى لما له من حكم الإسلام بدليل أنه لايؤخذ فى الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة فى بقاء ماله على ملكه ، وذلك لايكون إلا بأن يكون لماله حرمة إسلامية ، والملك لم يجز أن يُقرّ على الارتداد ، بخلاف الكافر . وقال الشافعى وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة إذا تاب من الردة فى أيام الردة ، والطائفة الأخرى تقول : يوقف ماله لأن له حرمة إسلامية ، وإنما وقف رجاء أن يعود إلى الإسلام ، وأن استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الإرث وشذت طائفة فقالت : ماله للمسلمين عند مايرتد ، وأظن أن أشهب ممن يقول بذلك . وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا . واختلفوا فى توريث الملل المختلفة ، فذهب مالك وجماعة إلى أن أهل الملل المختلفة لايتوارثون كاليهود والنصارى ، وبه قال أحمد وجماعة ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور والثورى وداود وغيرهم : الكفار كلهم يتوارثون ، وكان شريح وابن أبى ليلى وجماعة يجعلون الملل التى لاتتوارث ثلاثا : النصارى واليهود والصابئين ملة ، والمجوس ومن لاكتاب له ملة ، والإسلام ملة . وقد روى عن ابن أبى ليلى مثل قول مالك . وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب

عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لايتوارث أهل ملتين » .
وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام « لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب أن المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر . والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا .
واختلفوا فى توريث الحملاء ، والحملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك إلى بلاد الإسلام ، أعنى أنهم يولدون فى بلاد الشرك ثم يخرجون إلى بلاد الإسلام وهم يدّعون تلك الولادة الموجبة للنسب ، وذلك على ثلاثة أقوال : قول إنهم يتوارثون بما يدعون من النسب ، وهو قول جماعة من التابعين وإليه ذهب إسحاق . وقول إنهم لايتوارثون إلا ببينة تشهد على أنسابهم ، وبه قال شريح والحسن وجماعة . وقول إنهم لايتوارثون أصلا وروى عن عمر الثلاثة الأقوال ، إلا أن الأشهر عنه أنه كان لايورّث إلا من ولد فى بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز . وأما مالك وأصحابه فاختلف فى ذلك قولهم ، فمنهم من رأى أن لايورثون إلا ببينة ، وهو قول ابن القاسم : ومنهم من رأى أن لايورثون أصلا ولا بالبينة العادلة ؛ وممن قال بهذا القول من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون ، وروى ابن القاسم عن مالك فى أهل حصن نزلوا على حكم الإسلام ، فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون ، وهذا يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بينة ، لأن مالكا لايجوّز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال : فأما إن سبوا فلا يقبل قولهم فى ذلك وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعى وأحمد وأبو ثور ، وذلك أنهم قالوا : إن خرجوا إلى بلاد الإسلام وليس لأحد عليهم يد قبلت دعواهم فى أنسابهم ، وأما إن أدركهم السبى والرق فلا يقبل قولهم إلا ببينة . فنى المسئلة أربعة أقوال : اثنان طرفان ، واثنان مفرقان . وجمهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة علىّ وزيد وعمر أن من لايرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمدا ، وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعنى بأهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمدا ، وبه قال داود وأبو ثور . وعمدة الجمهور أن الحجب فى معنى الإرث وأنهما متلازمان . وحجة الطائفة الثانية أن الحجب لايرتفع إلا بالموت .
واختلف العلماء فى الذين يفقدون فى حرب أو غرق أو هدم ولايدرى من

مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون إذا كانوا أهل ميراث ؟ فذهب مالك وأهل المدينة إلى أنهم لايورث بعضهم من بعض ، وأن ميراثهم جميعا لمن بقى من قرابتهم الوارثين أولبيت المال إن لم تكن لهم قرابة ترث ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوى . وذهب على وعمر رضى الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوى عنه وجمهور البصريين إلى أنهم يتوارثون ، وصفة توارثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه فى أصل ماله دون ماورث بعضهم من بعض ، أعنى أنه لايضم إلى مال المورث ما ورث من غيره ، فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال فى الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض ، مثال ذلك زوج وزوجة توفيا فى حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم ، فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم ، وتورث المرأة من الألف التى كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التى ورثها منها ربعها وذلك مائتان وخمسون . ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء فى ميراث ولد الملاعنة وولد الزنى . فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة ، وأنه ليس لأمه إلا الثلث والباقى لبيت المال ، إلا أن يكون له إخوة لأم ، فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقى المال لمواليها ، وإلا فالباقى لبيت مال المسلمين ، وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ، إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الأرحام أولى من جماعة المسلمين . وأيضا على قياس من يقول بالرد يرد على الأم بقية المال ؛ وذهب على وعمر وابن مسعود إلى أن عصبته عصبة أمه أعنى الذين يرثونها . وروى عن على وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلونه عصبته عصبة أمه إلا مع فقد الأم وكانوا ينزلون الأم بمنزلة الأب وبه قال الحسن وابن سيرين والثورى وابن حنبل وجماعة . وعمدة الفريق الأول عموم قوله تعالى ـ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ـ فقالوا : هذه أم وكل أم لها الثلث ، فهذه لها الثلث . وعمدة الفريق الثانى ما روى من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه ألحق ولد الملاعنة بأمه » وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « جعل النبى صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثته » وحديث واثلة بن الأسقع عن النبى صلى الله عليه وسلم

قال « المَرْأةُ تَحُوزُ ثَلاثَةَ أمْوَال : عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا وَوَلَدَهَا الَّذِى لاعَنَتْ عَلَيْهِ » وحديث مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرّج جميع ذلك أبو داود وغيره . قال القاضى : هذه الآثار المصير إليها واجب لأنها قد خصصت عموم الكتاب . والجمهور على أن السنة يخصص بها الكتاب ، ولعل الفريق الأول لم تبلغهم هذه الأحاديث أو لم تصح عندهم ، وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان ، وهو مشهور فى الصدر الأول ، واشتهاره فى الصحابة دليل على صحة هذه الآثار ، فإن هذا ليس يستنبط بالقياس ، والله أعلم .

ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وأنكر الثانى ؛ فقال مالك وأبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ، ولا يثبت بقوله نسبه ؛ وقال الشافعى : لايثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئا . واختلف مالك وأبو حنيفة فى القدر الذى يجب على الأخ المقر ، فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثانى وثبت النسب ؛ وقال أبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده ، وكذلك الحكم عند مالك وأبى حنيفة فيمن ترك ابنا واحدا فأقر بأخ له آخر ، أعنى أنه لايثبت النسب ويجب الميراث ؛ وأما الشافعى فعنه فى هذه المسئلة قولان : أحدهما أنه لايثبت النسب ولا يجب الميراث . والثانى يثبت النسب ويجب الميراث ، وهو الذى عليه تناظر الشافعية فى المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة ، وهو أن كل من يحوز المال يثبت النسب باقراره وإن كان واحدا أخا أو غير ذلك . وعمدة الشافعية فى المسئلة الأولى ؛ وفى أحد قوليه فى هذه المسئلة ؛ أعنى القول الغير المشهور أن النسب لايثبت إلا بشاهدى عدل ، وحيث لايثبت فلا ميراث ، لأن النسب أصل والميراث فرع ، وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع . وعمدة مالك وأبى حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد إلى الأخ المنكر ، فلا يثبت عليه إلا بشاهدين عدلين ، وأما حظه من الميراث الذى بيد المقر فإقراره فيه عامل لأنه حق أقر به على نفسه . والحق أن القضاء عليه لايصح من الحاكم إلا بعد ثبوت النسب وأنه لايجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف أنه شريكه فى الميراث حظه منه . وأما

عمدة الشافعية فى إثباتهم النسب بإقرار الواحد الذى يحوز له الميراث فالسماع والقياس . أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت « كان عتبة بن أبى وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد ابن أبى وقاص وقال : ابن أخى قد كان عهد إلى فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة ، فقال : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فتساوقاه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد : يا رسول الله ابن أخى قد كان عهد إلىَّ فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة فقال : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هُوَ لكَ يا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الوَلَدُ للفِرَاش وللعاهِرِ الحَجَرُ ، ثم قال لسودة بنت زمعة : احْتَجِبِى مِنْهُ ، لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قالت : فما رآها حتى لقى الله عز وجل ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره إذا لم يكن هنالك وارث منازع له » وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه فى إثبات النسب ، ولهم فى ذلك تأويلات ، وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه به ، والأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدى عدل ، ولذلك تأول الناس فى ذلك تأويلات ، فقالت طائفة : إنه إنما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه ، لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الأمة كان يطؤها زمعة بن قيس ، وأنها كانت فراشا له ، قالوا : ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره ، وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام ، فيمكن أن لا يخفى عليه أمرها ، وهذا على القول بأن للقاضى أن يقضى بعلمه ، ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك ، لأنه لا يقضى القاضى عنده بعلمه ، ويليق بمذهب الشافعى على قوله الآخر ، أعنى الذى لا يثبت فيه النسب . والذين قالوا بهذا التأويل قالوا : إنما أمر سودة بالحجبة احتياطا لشبهة الشبه ، لأن ذلك كان واجبا ، وقال لمكان هذا بعض الشافعية : إن للزوج أن يحجب الأخت عن أخيها ، وقالت طائفة : أمره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش . وافترق هؤلاء فى تأويل قوله

عليه الصلاة والسلام « هو لك » فقالت طائفة : إنما أراد هو عبدك إذا كان ابن أمة أبيك ، وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه فى ذلك بقوله « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وقال الطحاوى : إنما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام « هو لك يا عبد بن زمعة » أى يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط على اللقطة ، وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بأن قال « الولد للفراش وللعاهر الحجر » . وأما المعنى الذى يعتمده الشافعية فى هذا المذهب ، فهو أن إقرار من يحوز الميراث هو إقرار خلافة : أى إقرار من حاز خلافة الميت، وعند الغير أنه إقرار شهادة لا إقرار خلافة ، يريد أن الإقرار الذى كان للميت انتقل إلى هذا الذى حاز ميراثه . واتفق الجمهور على أن أولاد الزنى لا يلحقون بآبائهم إلا فى الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة ؛ وشذ قوم فقالوا : يلتحق ولد الزنى فى الإسلام ، أعنى الذى كان عن زنى فى الإسلام . واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش فى أقل من ستة أشهر ، إما من وقت العقد ، وإما من وقت الدخول ، وأنه يلحق من وقت الدخول إلى أقصر زمان الحمل ، أو إن كان قد فارقها واعتزلها . واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به الوالد الولد ، فقال مالك : خمس سنين ؛ وقال بعض أصحابه : سبع ؛ وقال الشافعى : أربع سنين ؛ وقال الكوفيون : سنتان : وقال محمد بن الحكم : سنة ؛ وقال داود : ستة أشهر ، وهذه المسئلة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة. وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ، ولعله أن يكون مستحيلا . وذهب مالك والشافعى إلى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول أنه لا يلحق به إلا إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول . وقال أبو حنيفة : هى فراش له ويلحقه الولد . وعمدة مالك أنها ليست بفراش إلا بإمكان الوطء وهو مع الدخول . وعمدة أبى حنيفة عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام فى إلحاق الولد بالوطء الحلال . واختلفوا من هذا الباب فى إثبات النسب بالقافة ، وذلك

عند مايطأ رجلان فى طهر واحد بملك يمين أو بنكاح ، ويتصور أيضا الحكم بالقافة فى اللقيط الذى يدعيه رجلان أو ثلاثة . والقافة عند العرب : هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس ، فقال بالقافة من فقهاء الأمصار مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور والأوزاعى وأبى الحكم بالقافة ، الكوفيون وأكثر أهل العراق ، والحكم عند هؤلاء أنه إذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما ، وذلك إذا لم يكن لأحدهما فراش ، مثل أن يكون لقيطا ، أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يطؤها رجلان فى طهر واحد ؛ وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز أن يكون عندهم للابن الواحد أبوان فقط ؛ وقال محمد صاحب أبى حنيفة : يجوز أن يكون ابنا لثلاثة إن ادعوه ، وهذا كله تخليط وإبطال للمعقول والمنقول . وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم : أى بمن ادعاهم فى الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة ، فدعا قائفا فنظر إليه فقال القائف : لقد اشتركا فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة فقال : أخبرينى بخبرك ، فقالت : كان هذا لأحد الرجلين يأتى فى إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دما ، ثم خلف هذا عليها : تعنى الآخر ، فلا أدرى أيهما هو ، فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : وال أيهما شئت . قالوا : فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع . وهذا الحكم عند مالك إذا قضى القافة بالاشتراك أن يؤخر الصبى حتى يبلغ ، ويقال له : وال أيهما شئت ، ولا يلحق واحد باثنين ؛ وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو ثور : يكون ابنا لهما إذا زعم القائف أنهما اشتركا فيه ؛ وعند مالك أنه ليس يكون ابنا للاثنين لقوله تعالى - يا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى - واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : أَلَمْ تَسْمَعِى ماقالَ مجززٌ المدْلِجِيُّ لِزَيْدٍ وأُسامَةَ ورأى أقدامهما فقال : إنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُها مِنْ بَعْضٍ » قالوا : وهذا مروى عن

ابن‌عباس وعن أنس بن مالك ، ولا مخالف لهم من الصحابة . وأما الكوفيون فقالوا : الأصل أن لا يحكم لأحد المتنازعين فى الولد إلا أن يكون هنالك فراش لقوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » فإذا عدم الفراش أو اشتركا الفراش كان ذلك بينهما ، وكأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية ، فإنه ليس يلزم من قال : إنه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك فى الشرع . وروى مثل قولهم عن عمر ، ورواه عبد الرزاق عن على ؛ وقال الشافعى : لا يقبل فى القافة إلا رجلان . وعن مالك فى ذلك روايتان : إحداهما مثل قول الشافعى ، والثانية أنه يقبل قول قائف واحد . والقافة فى المشهور عن مالك إنما يقضى بها فى ملك اليمين فقط لا فى النكاح ؛ وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعى ؛ وقال أبو عمر بن عبد البر : فى هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر ، رواه الثورى عن صالح بن حى عن الشعبى عن زيد بن أرقم قال « كان على باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس فى طهر واحد ، فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى ، فأقرع بينهم وقضى بالولد للذى أصابته القرعة وجعل عليه ثلثى الدية ، فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه » وفى هذا القول إنفاذ الحكم بالقافة وإلحاق الولد بالقرعة .

واختلفوا فى ميراث القاتل على أربعة أقوال : فقال قوم : لا يرث القاتل أصلا من قتله . وقال آخرون : يرث القاتل وهم الأقل . وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا : لا يرث فى العمد شيئا ويرث فى الخطإ إلا من الدية ، وهو قول مالك وأصحابه . وفرق قوم بين أن يكون فى العمد قتل بأمر واجب أو بغير واجب ، مثل أن يكون من له إقامة الحدود ، وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم . وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع فى هذا المعنى للنظر المصلحى ، وذلك أن النظر المصلحى يقتضى أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث إلى القتل واتباع الظاهر ، والتعبد يوجب أن لا يلتفت إلى ذلك ، فإنه لو كان ذلك مما قصد لالتفت إليه الشارع ـ وما كان ربك نسيا ـ كما تقول الظاهرية .

واختلفوا فى الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل قسم الميراث ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام ، فقال الجمهور :

إنما يعتبر فى ذلك وقت الموت ، فإن كان اليوم الذى مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلا سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان إسلامه قبل القسم أو بعده . وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة : المعتبر فى ذلك يوم القسم ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب . وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم « أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِّمَتْ فِى الجَاهِلِيَّةِ فَهِىَ عَلَى قَسْمِ الجَاهِلِيَّةِ ، وأَيُّمَا دارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِىَ عَلَى قَسْمِ الإِسْلَامِ » فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم فى ذلك الوقت بحكم الإسلام ، ومن اعتبر وجوب القسمة حكم فى وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام . وروى من حديث عطاء « أن رجلا أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم ، فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه » ، وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم . فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بهذا الكتاب .

قال القاضى : ولما كان الميراث إنما يكون بأحد ثلاثة أسباب : إما بنسب ، أو صهر ، أو ولاء ، وكان قد قيل فى الذى يكون بالنسب والصهر ، فيجب أن نذكر ههنا الولاء ، ولمن يجب ، ومن يجب فيه ممن لا يجب ، وما أحكامه ؟ .

باب فى الولاء

فأما من يجب له الولاء ، ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الأصول لهذا الباب .

(المسئلة الأولى) أجمع العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فإن ولاءه له وأنه يرثه إذا لم يكن له وارث ، وأنه عصبة له إذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال . فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه ، فلما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث بريرة « إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » واختلفوا إذا أعتق عبد عن غيره ؛ فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذى باشر العتق ،

وقال أبوحنيفة والشافعي : إن أعتقه عن علم المعتق عنه، فالولاء للمعتق عنه، وإن أعتقه عن غير علمه ، فالولاء للمباشر للعتق . وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقوله عليه الصلاة والسلام « الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » قالوا: فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر بغير إذنه ، فكذلك الولاء ، ومن طريق المعنى فلأن عتقه حرية وقعت فى ملك المعتق ، فوجب أن يكون الولاء له، أصله إذا أعتقه من نفسه. وعمدة مالك أنه إذا أعتقه عنه فقد ملكه إياه ، فأشبه الوكيل ؛ ولذلك اتفقوا على أنه إذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه له لا للمباشر . وعند مالك أنه من قال لعبده : أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين ، وعندهم يكون للمعتق .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له ؟ فقال مالك والشافعي والثورى وداود وجماعة : لا ولاء له ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : له ولاؤه إذا والاه ، وذلك أن مذهبهم أن للرجل أن يوالى رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه ، وأن له أن ينصرف من ولائه إلى ولاء غيره مالم يعقل عنه ؛ وقال غيره : بنفس الإسلام على يديه يكون له ولاؤه . فعمدة الطائفة الأولى قوله صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » وإنما هذه هى التى يسمونها الحاصرة ، وكذلك الألف واللام هى عندهم للحصر ، ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لايشاركه فيه غيره : أعنى أن لايكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول إلا للمعتق فقط المباشر . وعمدة الحنفية فى إثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى ـ وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ـ وقوله تعالى ـ وَالَّذِينَ عَاقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ـ . وحجة من قال : الولاء يكون بنفس الإسلام فقط حديث تميم الدارى قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يُسلم على يد مسلم ؟ فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته » وقضى به عمر بن عبد العزيز . وعمدة الفريق الأول أن قوله تعالى ـ والذين عاقدت أيمانكم ـ منسوخة بآية المواريث ، وأن ذلك كان فى صدر

الإسلام ، وأجمعوا على أنه لايجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك إلا ولاء السائبة .

(المسئلة الثالثة) اختلف العلماء إذا قال السيد لعبده أنت سائبة ، فقال مالك : ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من أعتق عن المسلمين إلا أن يريد به معنى العتق فقط ، فيكون ولاؤه له ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة : ولاؤه للمعتق على كل حال ، وبه قال أحمد وداود وأبو ثور ؛ وقالت طائفة : له أن يجعل ولاءه حيث شاء ، وإن لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين ، وبه قال الليث والأوزاعى ؛ وكان إبراهيم والشعبى يقولان : لابأس ببيع ولاء السائبة وهبته ، وحجة هؤلاء هى الحجج المتقدمة فى المسئلة التى قبلها . وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة فى هذا الوقت .

(المسئلة الرابعة (اختلف العلماء فى ولاء العبد المسلم إذا أعتقه النصرانى قبل أن يباع لمن يكون ؟ فقال مالك وأصحابه : ولاؤه للمسلمين ، فإن أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد إليه ولاؤه ولا ميراثه ؛ وقال الجمهور : ولاؤه لسيده ، فإن أسلم كان له ميراثه . وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب ، وأنه إذا أسلم الأب بعد إسلام الابن أنه يرثه ، فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى - وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً - فهو يقول : أنه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد . وأما إذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا أنه إذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له . ولذلك اتفقوا أنه إذا أعتق النصرانى الذى عبده النصرانى قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع ، فإن أسلم المولى عاد إليه . وإن كانوا اختلفوا فى الحربى يعتق عبده وهو على دينه ، ثم يخرجان إلينا مسلمين ، فقال مالك : هو مولاه يرثه ؛ وقال أبو حنيفة : لاولاء بينهما ، وللعبد أن يوالى من شاء على مذهبه فى الولاء والتحالف ؛ وخالف أشهب مالكا فقال : إذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد إلى المولى ولاؤه أبدا ؛ وقال ابن القاسم : يعود ، وهو معنى قول مالك ، لأن مالكا يعتبر وقت العتق ، وهذه المسائل كلها هى مفروضة فى القول لاتقع بعد ، فإنه ليس من دين النصارى أن يسترق

بعضهم بعضا ، ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه فى هذا الوقت ويزعمون أنه من إملالهم .

(المسئلة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل فى وراثة الولاء إلا من باشرن عتقه بأنفسهن أو ماجر إليهن من باشرن عتقه ، إما بولاء أو بنسب ، مثل معتق معتقها أو ابن معتقها ، وأنهن لايرثن معتق من يرثنه إلا ما حكى عن شريح . وعمدته أنه لما كان لها ولاء ما أعتقت بنفسها كان لها ولاء ما أعتقه مورثها قياسا على الرجل ، وهذا هو الذى يعرفونه بقياس المعنى ، وهو أرفع مراتب القياس ، وإنما الذى يوهنه الشذوذ . وعمدة الجمهور أن الولاء إنما وجب للنعمة التى كانت للمعتق على المعتق ، وهذه النعمة إنما توجد فيمن باشر العتق ، أو كان من سبب قوى من أسبابه ، وهم العصبة : قال القاضى : وإذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء ، فبقى النظر فى ترتيب أهل الولاء فى الولاء . فمن أشهر مسائلهم فى هذا الباب المسئلة التى يعرفونها بالولاء للكبر ، مثال ذلك : رجل أعتق عبدا ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين أو ابنين ، ثم مات أحد الأخوين وترك ابنا ، أو أحد الابنين ، فقال الجمهور : فى هذه المسئلة أن حظ الأخ الميت من الولاء لايرثه عنه ابنه ، وهو راجع إلى أخيه لأنه أحق به من ابنه بخلاف الميراث ، لأن الحجب فى الميراث يعتبر بالقرب من الميت ، وهنا بالقرب من المباشر العتق ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة . وقال شريح وطائفة من أهل البصرة : حق الأخ الميت فى هذه المسئلة لبنيه . وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث . وعمدة الفريق الأول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر . ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب المسئلة التى تعرف بجر الولاء ، وصورتها أن يكون عبد له بنون من أمة ، فأعتقت الأمة ثم أعتق العبد بعد ذلك ، فإن العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين إذا أعتق الأب ، وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الأم إذا لم يمس المولود الرق فى بطن أمه ، وذلك يكون إذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الأب هو لموالى الأم . واختلفوا إذا أعتق الأب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لايجر ؟ فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحابهم إلى أنه يجر ،

وبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان . وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة : لايجر ولاءه . وروى عن عمر ، وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب ، وإن كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور . وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب ، والنسب للأب دون الأم . وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا فى الحرية تابعين لأمهم كانوا فى موجب الحرية تابعين لها ، وهو الولاء . وذهب مالك إلى أن الجد يجر ولاء حفدته إذا كان أبوهم عبدا ، إلا أن يعتق الأب ، وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتمدوا فى ذلك على أن ولاء الجد إنما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الأب ، وإذا لم يكن للأب ولاء فأحرى أن لايكون للجد . وعمدة الفريق الثانى أن عبودية الأب هى كموته فوجب أن ينتقل الولاء إلى أبى الأب ، ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم أن الأبناء أحق من الآباء ، وأنه لاينتقل إلى العمود الأعلى إلا إذا فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث ، لأن البنوة عندهم أقوى تعصيبا من الأبوة ، والأب أضعف تعصيبا ، والإخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجد ، وعند الشافعى وأبى حنيفة الجد أقعد منهم . وسبب الخلاف من أقرب نسبا وأقوى تعصيبا وليس يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصيبا ، فإذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلا ، أو كان له ورثة لايحيطون بالميراث كان عاصبة المولى الأعلى ، وكذلك يعصب المولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب : أعنى بناته وبنيه وبنى بنيه . وفى هذا الباب مسئلة مشهورة وهى : إذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء ؟ فقالت طائفة : لعصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها ، والولاء للعصبة ، وهو قول على ابن أبى طالب ؛ وقال قوم : لابنها ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعليه فقهاء الأمصار ، وهو مخالف لأهل هذا السلف ، لأن ابن المرأة ليس من عصبتها .

تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب العتق

والنظر فى هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لايصح ، ومن يلزمه ومن لايلزمه : أعنى بالشرع ، وفى ألفاظ العتق ، وفى الإيمان به ، وفى أحكامه وفى الشروط الواقعة فيه . ونحن فإنما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التى يتعلق أكثرها بالمسموع . فأما من يصح عتقه ، فإنهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوى الجسم الغنى غير العديم . واختلفوا فى عتق من أحاط الدين بماله وفى عتق المريض وحكمه : فأما من أحاط الدين بماله ، فإن العلماء اختلفوا فى جواز عتقه ، فقال أكثر أهل المدينة : مالك وغيره : لايجوز ذلك ، وبه قال الأوزاعى والليث ؛ وقال فقهاء العراق : وذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم ، وذلك عند من يرى التحجير منهم ، وقد يتخرج عن مالك فى ذلك الجواز قياسا على ما روى عنه فى الرهن أنه يجوز ، وإن أحاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم . وعمدة من منع عتقه أن ماله فى تلك الحال مستحق للغرماء ، فليس له أن يخرج منه شيئا بغير عوض ، وهى العلة التى بها يحجر الحاكم عليه التصرف والأحكام يجب أن توجد مع وجود عللها ، وتحجير الحاكم ليس بعلة وإنما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه . وعمدة الفريق الثانى أنه قد انعقد الإجماع على أن له أن يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيئا مما أنفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم ، وهذا هو قول الشافعى ولا خلاف عند الجميع أنه لايجوز أن يعتق غير المحتلم ما لم تكن وصية منه ، وكذلك المحجور ؛ ولا يجوز عند العلماء عتقه لشىء من مماليكه إلا مالكا وأكثر أصحابه ، فإنهم أجازوا عتقه لأم ولده . وأما المريض فالجمهور على أن عتقه إن صح وقع وإن مات كان من الثلث ؛ وقال أهل الظاهر : هو مثل عتق الصحيح . وعمدة الجمهور حديث عمران ابن الحصين أن رجلا أعتق ستة أعبد له ، الحديث على ما تقدم . وأما من

يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق ، وهذا متفق عليه فى أحد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده . فأما من بعض العتق فإنه ينقسم قسمين : أحدهما من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق . والثانى أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختيارا منه . فأما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فإن الفقهاء اختلفوا فى حكم ذلك ، فقال مالك والشافعى وأحمد بن حنبل : إن كان المعتق موسرا قوّم عليه نصيب شريكه قيمة العدل ، فدفع ذلك إلى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له ، وإن كان المعتق معسرا لم يلزمه شىء وبقى المعتق بعضه عبدا وأحكامه أحكام العبد ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معسرا سعى العبد فى قيمته للسيد الذى لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول ، وبه قال الأوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى وجماعة الكوفيين ، إلا أن ابن شبرمة وابن أبى ليلى جعلا للعبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر : وأما شريك المعتق فإن الجمهور على أن له الخيار فى أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق ؛ وقال أبو حنيفة : لشريك الموسر ثلاث خيارات : أحدها أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما ، وهذا لا خلاف فيه بينهم . والخيار الثانى أن تقوم عليه حصته . والثالث أن يكاف العبد السعى فى ذلك إن شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده إذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق . وعمدة مالك والشافعى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فى عَبْدٍ وكانَ لَهُ مالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ العَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ العَدْلِ ، فأعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعتقَ عَلَيْهِ العَبْدُ وإلاَّ فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ ما عَتَقَ » . وعمدة محمد وأبى يوسف صاحبى أبى حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أعْتَقَ شقْصًا لَهُ فى عَبْدِهِ فَخَلاصُهُ فى ماله إنْ كانَ لَهُ مالٌ ، فإنْ لمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ اسْتُسْعِىَ العَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ » وكلا الحديثين خرّجه أهل الصحيح البخارى ومسلم وغيرهما ، ولكل طائفة منهم قول فى ترجيح حديثه الذى أخذ به ، فمما

وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك فى الزيادة المعارضة فيه لحديث أبى هريرة ، وهو قوله « وإلا فقد عتق منه ما عتق » فهل هو من قوله عليه الصلاة والسلام ، أم من قول نافع « وإن فى ألفاظه أيضا بين رواته اضطرابا . ومما وهن به المالكيون حديث أبى هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة فى ذكر السعاية . وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية فى ذلك على أنه إنما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شىء . وعمدة الكوفيين من طريق المعنى أن الحرية حق شرعى لايجوز تبعيضه ، فإذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه ، وإذا كان معسرا سعى العبد فى قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد ، وربما أتوا بقياس شبهى وقالوا : لما كان العتق يوجد منه فى الشرع نوعان : نوع يقع بالاختيار ، وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله . ونوع يقع بغير اختيار ، وهو أن يعتق على السيد من لايجوز له بالشريعة ملكه وجب أن يكون العتق بالسعى كذلك . فالذى بالاختيار منه هو الكتابة . والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى . واختلف مالك والشافعى فى أحد قوليه إذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية ؟ أعنى أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق ؟ فقالت الشافعية : يعتق بالسراية ، وقالت المالكية بالحكم ؛ واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر . واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « قوم عليه قيمة العدل » فقالوا : مايجب تقويمه فإنما يجب بعد إتلافه فإذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه فى وقت الإتلاف ، وإن لم يحكم عليه بذلك حاكم ، وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه ، لأنه قد نفذ العتق وهذا بين . وقول أبى حنيفة فى هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين ، وقد روى فيها خلاف شاذ ، فقيل عن ابن سيرين إنه جعل حصة الشريك فى بيت المال ؛ وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له فى عبد أن العتق باطل ؛ وقال قوم : لايقوم على المعسر الكل ، وينفذ العتق فيما أعتق ؛ وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسرا أو معسرا ويتبعه شريكه ، وسقط

العسر فى بعض الروايات فى حديث ابن عمر ، وهذا كله خلاف الأحاديث ، ولعلهم لم تبلغهم الأحاديث . واختلف قول مالك من هذا فى فرع وهو إذا كان معسرا فأخر الحكم عليه بإسقاط التقويم حتى أيسر ، فقيل يقوم ، وقيل لايقوم . واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصا يعتق عليه من عبد : أنه يعتق عليه الباقى إن كان موسراً إلا إذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه ، وهو أن يملكه بميراث ـ فقال قوم : يعتق عليه فى حال اليسر ـ وقال قوم : لايعتق عليه ؛ وقال قوم : فى حال اليسر بالسعاية ؛ وقال قوم : لا . وإذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه ؛ فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعى والثورى والأوزاعى وأحمد وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون : يعتق عليه كله ، وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر : يعتق منه ذلك القدر الذى عتق ويسعى العبد فى الباقى ، وهو قول طاوس وحماد . وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة فى إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى أن يجب ذلك عليه فى ملكه . وعمدة أبى حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه ، فإذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر . فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق ، أعنى أنه لايقع فيه تبعيض ، أو مضرة الشريك ؟ . واحتجت الحنفية بما رواه إسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده ، فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه . ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائى وأبو داود عن أبى المليح عن أبيه « أن رجلا من هذيل أعتق شقصا له من مملوك فتمم النبى عليه الصلاة والسلام عتقه وقال : ليس لله شريك » وعلى هذا فقد نص على العلة التى تمسك بها الجمهور ، وصارت علتهم أولى ، لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة . فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب وتعارض القياس . وأما الإعتاق الذى يكون بالمثلة ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والليث والأوزاعى : من مثل بعبده أعتق عليه ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : لايعتق عليه ؛ وشذ الأوزاعى فقال : من مثل بعبد غيره أعتق عليه والجمهور على أنه يضمن ما نقص من قيمة العبد ، فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن

جده « أن زنباعا وجد غلاما له مع جارية ، فقطع ذكره وجدع أنفه ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما حَمَلَكَ عَلَى مافَعَلْتَ ؟ فقال : فعل كذا وكذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اذْهَبْ فأنْتَ حُرٌّ» وعمدة الفريق الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « مَنْ لَطَمَ مَمْلُوكَهُ أوْ ضَرَبَهُ فَكَفَّارَتُهُ عِتْقُهُ » قالوا : فلم يلزم العتق في ذلك وإنما ندب إليه . ولهم من طريق المعنى أن الأصل في الشرع هو أنه لايكره السيد على عتق عبده إلا ما خصصه الدليل . وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها ، فلم تبلغ من القوة أن يخصص بها مثل هذه القاعدة . وأما هل يعتق على الإنسان أحد من قرابته ، وإن عتق فمن يعتق ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة إلا داود وأصحابه ، فإنهم لم يروا أن يعتق أحد على أحد من قبل قربى ، والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لايعتق بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده ؛ فقال مالك : يعتق على الرجل ثلاثة : أحدها أصوله : وهم الآباء والأجداد والجدات والأمهات وآباؤهم وأمهاتهم ، وبالجملة كل من كان له على الإنسان ولادة . والثاني فروعه ، وهم : الأبناء والبنات وولدهم ما سفلوا ، وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ، وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ، ذكر أو أنثى . والثالث الفروع المشاركة له في أصله القريب وهم الإخوة ، وسواء كانوا لأب وأم ، أو لأب فقط ، أو لأم فقط ؛ واقتصر من هذا العمود على القريب فقط ، فلم يوجب عتق بني الإخوة . وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الأعلى والأسفل ، وخالفه في الإخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فأوجب عتق كل ذي رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الأخ ، ومن أشبههم ممن هو من الإنسان ذو محرم . وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَجْزِي وَلَدٌ عَنْ وَالِدِه إلاَّ أنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكا فَيَشْتَرِيَهُ فَيَعْتِقَهُ » خرجه مسلم والترمذي وأبوداود وغيرهم ، فقال الجمهور :

يفهم من هذا أنه إذا اشتراه وجب عليه عتقه ، وأنه ليس يجب عليه شراؤه . وقالت الظاهرية : المفهوم من الحديث أنه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه إذا اشتراه ، قالوا : لأن إضافة عتقه إليه دليل على صحة ملكه له ، ولو كان ما قالوا صوابا ، لكان اللفظ إلا أن يشتريه فيعتق عليه . وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِيمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ » وكأن هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي ؛ وقاس مالك الإخوة على الأبناء والآباء ، ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط ، وقاس الأبناء على الآباء . وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بأن البنوة صفة هي ضد العبودية ، وأنه ليس تجتمع معها لقوله تعالى ـ وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا . إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ إِلاَّ آتِي الرَّحْمَنِ عَبْدًا ـ وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها ، فإن هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة . والعبودية التي بين المخلوقين والمولايية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم ، وهو احتجاج ضعيف . وإنما أراد الله تعالى أن البنوة تساوي الأبوة في جنس الوجود أو في نوعه ، أعني أن الموجودين اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جدا ، حتى أنهما إما أن يكونا من نوع واحد أو جنس واحد ، وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد ، بل التفاوت بينهما غاية التفاوت ، فلم يصح أن يكون في الموجودات التي ههنا شيء نسبته إليه نسبة الأب إلى الابن ، بل إن كان نسبة الموجودات إليه نسبة العبد إلى السيد كان أقرب إلى حقيقة الأمر من نسبة الابن إلى الأب لأن التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الأب والابن ، وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين ؛ لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعدا من هذه النسبة ، أعني تباعد طرفيهما في الشرف والخسة ضرب المثال بها ، أعني نسبة العبد للسيد ، ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس إنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى . فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الإنسان بغير اختياره . وقد

اختلفوا من أحكام العتق فى مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع ، وذلك أن الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيدا له فى مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم ، فقال مالك والشافعى وأصحابهما وأحمد وجماعة : إذا أعتق فى مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته ، وكذلك الحكم فى الوصية بعتقهم . وخالف أشهب وأصبغ مالكا فى العتق المبتل فى المرض فقالا جميعا إنما القرعة فى الوصية . وأما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر . ولا خلاف فى مذهب مالك أن المدبرين فى كلمة واحدة إذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث . وقال أبو حنيفة وأصحابه فى العتق المبتل : إذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منه ثلثه . وقال الغير : بل يعتق من الجميع ثلثه . فقوم من هؤلاء اعتبروا فى ثلث الجميع القيمة ، وهو مذهب مالك والشافعى ؛ وقوم اعتبروا العدد . فعند مالك إذا كانوا ستة أعبد : مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل فى ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر ، وذلك أيضا بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثا ؛ وقال قوم : بل المعتبر العدد ، فإن كانوا ستة عتق منهم اثنان وإن كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث . فعمدة أهل الحجاز ما رواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين « أن رجلا أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » خرّجه البخارى ومسلم مسندا ، وأرسله مالك . وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التى تأتى بطرق الآحاد إذا خالفتها الأصول الثابتة بالتواتر . وعمدتهم أنه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما ، فلو كان له مال لنفذ بإجماع ، فإذا لم يكن له مال وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه ، وهذا الأصل ليس بينا من قواعد الشرع فى هذا الموضع ، وذلك أنه يمكن أن يقال له إنه إذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين ، وقد ألزم الشرع مبعض العتق أن يتم عليه ، فلما لم يمكن ههنا أن يتمم عليه جمع فى أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة فى ذلك دون العدد أفضت إلى هذا الأصل ، وهو تبعيض العتق ، فلذلك كان الأولى أن

يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث ، وكان الجزء المعتق فى كل واحد منهم هو حق لله فوجب أن يجمع فى أشخاص بأعيانهم أصله حق الناس . واختلفوا فى مال العبد إذا أعتق لمن يكون ، فقالت طائفة : المال للسيد ؛ وقالت طائفة : ماله تبع له ، وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ، ومن الفقهاء أبو حنيفة والثورى وأحمد وإسحق ، وبالثانى قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة . والحجة لهم حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أعْتَقَ عَبْداً فَمَالُهُ لَهُ إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَ السَّيِّدُ مالَهُ » وأما ألفاظ العتق ، فإن منها صريحا ومنها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار ؛ أما الألفاظ الصريحة ، فهو أن يقول : أنت حر ، أو أنت عتيق ، ما تصرف من هذه ، فهذه الألفاظ تلزم السيد بإجماع من العلماء . وأما الكناية فهى مثل قول السيد لعبده : لاسبيل لى عليك ، أو لاملك لى عليك ، فهذه ينوّى فيها سيد العبد ، هل أراد به العتق أم لا ؟ عند الجمهور . ومما اختلفوا فيه فى هذا الباب إذا قال السيد لعبده : يا بنى ، أو لأمته يا بنتى ، أو قال : يا أبى ، أو يا أمى ، فقال قوم وهم الجمهور : لاعتق يلزمه ؛ وقال أبو حنيفة : يعتق عليه ؛ وشذ زفر فقال : لو قال السيد لعبده : هذا ابنى ، عتق عليه وإن كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده : ما أنت إلا حر ، فقال قوم : هو ثناء عليه وهم الأكثر ؛ وقال قوم : هو حر ، وهو قول الحسن البصرى . ومن هذا الباب من نادى عبدا من عبيده باسمه ، فاستجاب له عبد آخر ، فقال له : أنت حر ، وقال : إنما أردت الأول ، فقيل يعتقان عليه جميعا ، وقيل ينوى . واتفق على أن من أعتق ما فى بطن أمته فهو حر دون الأم . واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى ما فى بطنها ، فقالت طائفة : له استثناؤه ؛ وقالت طائفة : هما حران . واختلفوا فى سقوط العتق بالمشيئة ، فقالت طائفة : لااستثناء فيه كالطلاق ، وبه قال مالك ؛ وقال قوم : يؤثر فيه الاستثناء كقولهم فى الطلاق ، أعنى قول القائل لعبده : أنت حر إن شاء الله . وكذلك اختلفوا فى وقوع العتق بشرط الملك ، فقال مالك : يقع ؛ وقال الشافعى وغيره : لايقع ، وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام : « لاعِتْقَ فِيما لا يَمْلِكُ ابنُ آدَمَ » وحجة

الفرقة الثانية تشبيههم إياه باليمين . وألفاظ هذا الباب شبيهة بألفاظ الطلاق وشروطه كشروطه ، وكذلك الأيمان فيه شبيهة بأيمان الطلاق . وأما أحكامه فكثيرة : منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون فى العتق والعبودية للأم ، وشذ قوم فقالوا : إلا أن يكون الأب عربيا . ومنها اختلافهم فى العتق إلى أجل ؛ فقال قوم : ليس له أن يطأها إن كانت جارية ولا يبيع ولا يهب ، وبه قال مالك ؛ وقال قوم : له جميع ذلك ، وبه قال الأوزاعى والشافعى واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق . واختلفوا فيمن قال لعبده : إن بعتك فأنت حر ؛ فقال قوم : لا يقع عليه العتق لأنه إذا باعه لم يملك عتقه ، وقال : إن باعه يعتق عليه ، أعنى من مال البائع إذا باعه ، وبه قال مالك والشافعى ، وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفى هذا كفاية .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الكتابة

والنظر الكلى فى الكتابة ينحصر فى أركانها وشروطها وأحكامها : أما الأركان فثلاثة : العقد وشروطه وصفته ، والعاقد ، والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار فى جنس جنس من هذه الأجناس .

القول فى مسائل العقد

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم فى عقد الكتابة : هل هو واجب أو مندوب إليه ؟ فقال فقهاء الأمصار : إنه مندوب ؛ وقال أهل الظاهر : هو واجب ، واحتجوا بظاهر قوله تعالى - فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا - والأمر على الوجوب . وأما الجمهور فإنهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الأصل ، وأيضا فإنه لما لم يكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض ، فأحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكه ؛ وذلك أن كسب العبد هو للسيد ،

وهذه المسئلة هى أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه ، وهذا العقد بالجملة هو أن يشترى العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد . فأركان هذا العقد الثمن والمثمون والأجل والألفاظ الدالة على هذا العقد . فأما الثمن ، فإنهم اتفقوا على أنه يجوز إذا كان معلوما بالعلم الذى يشترط فى البيوع . واختلفوا إذا كان فى لفظه إبهام مّا ، فقال أبو حنيفة ومالك : يجوز أن يكاتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد ؛ وقال الشافعى : لا يجوز حتى يصفه ؛ فمن اعتبر فى هذا طلب المعاينة شبهه بالبيوع ؛ ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم فى الصداق ؛ ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الأجنبى والأجنبى من مثل بيع الطعام قبل قبضه ، وفسخ الدين فى الدين ، وضع وتعجل ؛ ومنع ذلك الشافعى وأحمد وعن أبى حنيفة القولان جميعا . وعمدة من أجازه أنه ليس بين السيد وعبده ربا ، لأنه وماله له ، وإنما الكتابة سنة على حدتها . وأما الأجل فإنهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة ، واختلفوا فى هل تجوز حالّة ، وذلك أيضا بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالّة على مال موجود عند العبد ، وهى التى يسمونها قطاعه لا كتابة . وأما الكتابة فهى التى يشترى العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه . فموضع الخلاف إنما هو هل يجوز أن يشترى نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده ؟ فقال الشافعى : هذا الكلام لغو ، وليس يلزم السيد شىء منه ؛ وقال متأخروا أصحاب مالك : قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد إلى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد : وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة ، إلا أنه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا ، فصح العقد وبطل الشرط . وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها ، وذلك أنه إذا لم يكن له مال حاضر أدى إلى عجزه ، وذلك ضد مقصود الكتابة : وحاصل قول المالكية يرجع إلى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة ، وأنه إذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد . واتفقوا على أنه إذا قال السيد لعبده : لقد كاتبتك على ألف درهم فإذا أديتها فأنت حرّ أنه إذا أداها حر . واختلفو إذا قال له : قد

كاتبتك على ألف درهم وسكت هل يكون حرا دون أن يقول له : فاذا أديتها فأنت حر ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : هو حر ، لأن اسم الكتابة لفظ شرعى ، فهو يتضمن جميع أحكامه ؛ وقال قوم : لا يكون حرا حتى يصرح بلفظ الأداء . واختلف فى ذلك قول الشافعى . ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده : أنت حر وعليك ألف دينار ، فاختلف المذهب فى ذلك ؛ فقال مالك : يلزمه وهو حر ؛ وقال ابن القاسم : هو حر ولا يلزمه . وأما إن قال : أنت حر على أن عليك ألف دينار ، فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك : هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء ؛ وقيل العبد بالخيار ، فإن اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية وإلا بقى عبدا ؛ وقيل إن قبل كانت كتابة يعتق إذا أدى ، والقولان لابن القاسم ؛ وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود ، وتجوز عنده الكتابة المطلقة ، ويرد إلى أن كتابة مثله كالحال فى النكاح ، وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد ، أعنى كتابة مثله فى الزمان والثمن ، ومن هنا قيل إنه تجوز عنده الكتابة الحالة . واختلف هل من شرط هذا العقد أن يضع السيد من آخر أنجم الكتابة شيئا عن المكاتب لاختلافهم فى مفهوم قوله تعالى ـ وآتُوهُمْ مِنْ مالِ اللهِ الَّذِى آتاكُمْ ـ وذلك أن بعضهم رأى أن السادة هم المخاطبون بهذه الآية ؛ ورأى بعضهم أنهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين ؛ والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب ؟ والذين قالوا بذلك اختلفوا فى القدر الواجب ، فقال بعضهم : ماينطلق عليه اسم شىء ، وبعضهم حده . وأما المكاتب ففيه مسائل : إحداها هل تجوز كتابة المراهق ؟ وهل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ وهل تجوز كتابة من يملك فى العبد بعضه بغير إذن شريكه ؟ وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعى ؟ وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق ؟ . فأما كتابة المراهق القوى على السعى الذى لم يبلغ الحلم ، فأجازها أبو حنيفة ، ومنعها الشافعى إلا للبالغ ، وعن مالك القولان جميعا . فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود . وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الأجانب ، وأن المقصود من ذلك هو القوة على السعى ، وذلك موجود فى غير البالغ . وأما هل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ فإن

العلماء اختلفوا فى ذلك ، ثم إذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لايعتق واحد منهم إلا بعتق جميعهم ؟ فيه أيضا خلاف . فأما هل يجوز الجمع ؟ فإن الجمهور على جواز ذلك ، ومنعه قوم ، وهو أحد قولى الشافعى . وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض ؟ فإن فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال : فقالت طائفة : ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة ، أعنى حمالة بعضهم عن بعض ، وبه قال مالك وسفيان ؛ وقال آخرون : لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه ؛ وقال الشافعى : لايجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ، ويعتق كل واحد منهم إذا أدى قدر حصته . فعمدة من منع الشركة ما فى ذلك من الغرر ، لأن قدر ما يلزم واحدا واحدا من ذلك مجهول . وعمدة من أجازه أن الغرر اليسير يستخف فى الكتابة ، لأنه بين السيد وعبده ، والعبد وماله لسيده . وأما مالك فحجته أنه لما كانت الكتابة واحدة وجب أن يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد . وعمدة الشافعية أن حمالة بعضهم عن بعض لافرق بينها وبين حمالة الأجنبيين ؛ فمن رأى أن حمالة الأجنبيين فى الكتابة لاتجوز قال : لاتجوز فى هذا الموضع . وإنما منعوا حمالة الكتابة لأنه إذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شىء يرجع عليه ، وهذا كأنه ليس يظهر فى حمالة العبيد بعضهم عن بعض ، وإنما الذى يظهر فى ذلك أن هذا الشرط هو سبب لأن يعجز من يقدر على السعى بعجز من لايقدر عليه ، فهو غرر خاص بالكتابة ، إلا أن يقال أيضا إن الجمع يكون سببا لأن يخرج حرا من لايقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حرا فهو كما يعود برق من يقدر على السعى ، كذلك يعود بحرية من لايقدر على السعى . وأما أبوحنيفة فشبهها بحمالة الأجنبى مع الأجنبى فى الحقوق التى تجوز فيها الحمالة فألزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط ، وهو مع هذا أيضا لايجيز حمالة الكتابة . وأما العبد بين الشريكين فإن العلماء اختلفوا هل لأحدهما أن يكاتب نصيبه دون إذن صاحبه ، فقال بعضهم : ليس له ذلك والكتابة مفسوخة ، وما قبض منها هى بينهم على قدر حصصهم ؛ وقالت طائفة : لايجوز أن يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه ؛ وفرقت فرقة فقالت : يجوز بإذن شريكه ولا يجوز بغير إذن شريكه ، وبالقول الأول

قال مالك ، وبالثانى قال ابن أبى ليلى وأحمد ، وبالثالث قال أبوحنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، وله قول آخر مثل قول مالك . وعمدة مالك أنه لوجاز ذلك لأدى إلى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حظه منه ، وذلك لايجوز إلا فى تبعيض العتق ؛ ومن رأى أن له أن يكاتبه رأى أن عليه أن يتم عتقه إذا أدى الكتابة إذا كان موسرا ، فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج بأصل لايوافقه عليه الخصم ، لكن ليس يمنع من صحة الأصل أن لايوافقه عليه الخصم . وأما اشتراط الإذن فضعيف ، وأبوحنيفة يرى فى كيفية أداء المال للمكاتب إذا كانت الكتابة عن إذن شريكه أن كل ما أدى للشريك الذى كاتبه يأخذ منه الشريك الثانى نصيبه ، ويرجع بالباقى على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه ، وهذا فيه بعد عن الأصول . وأما هل تجوز مكاتبة من لايقدر على السعى فلا خلاف فيما أعلم بينهم أن شرط المكاتب أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى ـ إن علمتم فيهم خيرا ـ . قد اختلف العلماء ما الخير الذى اشترطه الله فى المكاتبين فى قوله ـ إن علمتم فيهم خيرا ـ فقال الشافعى : الاكتساب والأمانة ؛ وقال بعضهم : المال والأمانة ؛ وقال آخرون : الصلاح والدين . وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من لاحرفة له مخافة السؤال ، وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة « أنها كوتبت أن تسأل الناس » وكره أن تكاتب الأمة التى لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة إلى الزنا ؛ وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق إلا أم الولد إذ ليس له عند مالك أن يستخدمها :

القول فى المكاتب

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم . واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عنده أم لا ؟ وسيأتى هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لايجوز ؛ ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المأذون له فى التجارة ، لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق ؛ وكذلك لايجوز كتابة من أحاط الدين بماله ، إلا أن يجيز الغرماء ذلك إذا كان فى ثمن

كتابته إن بيعت (١) مثل ثمن رقبته . وأما كتابة المريض ، فإنها عنده فى الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء ، وقد قيل : إن حابى كان كذلك وإن لم يحاب سعى ، فإن أدى وهو فى المرض عتق ، وتجوز عنده كتابة النصرانى المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هى مشهورات المسائل التى تتعلق بالأركان ، أعنى المكاتب والمكاتب والكتابة . وأما الأحكام فكثيرة ، وكذلك الشروط التى تجوز فيها من التى لا تجوز . ويشبه أن تكون أجناس الأحكام الأولى فى هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق ، وكيف حاله إن مات قبل أن يعتق أو يرق ، ومن يدخل معه فى حال الكتابة ممن لا يدخل ، وتمييز ما بقى عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه . فلنبدأ بذكر مسائل الأحكام المشهورة التى فى جنس من هذه الأجناس الخمسة .

الجنس الأول

فأما متى يخرج من الرق ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق إذا أدى جميع الكتابة ، واختلفوا إذا عجز عن البعض وقد أدى البعض ، فقال الجمهور : هو عبد ما بقى من كتابته شىء ، وإنه يرق إذا عجز عن البعض . وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذى عليه الجمهور أقوال أربعة : أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة . والثانى أنه يعتق منه بقدر ما أدى . والثالث أنه يعتق إن أدى النصف فأكثر . والرابع إن أدى الثلث وإلا فهو عبد . وعمدة الجمهور ما خرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أَيمَا عَبْدٍ كاتَبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فأداها إلا عَشَرَةَ أَوَاقٍ فَهُوَ عَبْدٌ ، وأَيُّمَا عبد كاتَبَ عَلَى مائةِ دِينارٍ فأدَّاها إلاَّ عَشَرَةَ فَهُوَ عَبْدٌ » . وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه إياه بالبيع ، فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده ، فإن عجز لم يكن له إلا أن يتبعه بالمال ، كما لو أفلس من اشتراه منه إلى أجل وقد مات . وعمدة

(١) هكذا ببعض النسخ ، وفى بعضها إسقاط لفظ : إن بيعت . اهـ مصححه

من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يُؤَدِّى المُكاتَبُ بِقَدْرِ ما أدَّى دِيَةَ حُرٍّ وَبِقَدْرِ ما رُقَّ مِنْهُ دِيَةَ عَبْدٍ » خرجه النسائى ، والخلاف فيه من قبل عكرمة ، كما أن الخلاف فى أحاديث عمرو بن شعيب من قبل أنه روى من صحيفة ، وبهذا القول قال على ، أعنى بحديث ابن عباس. وروى عن عمر بن الخطاب أنه إذا أدى الشطر عتق . وكان ابن مسعود يقول : إذا أدى الثلث . وأقوال الصحابة وإن لم تكن حجة ، فالظاهر أن التقدير إذا صدر منهم أنه محمول على أن فى ذلك سنة بلغتهم . وفى المسئلة قول خامس : إذا أدى الثلاثة الأرباع عتق ، وبقى عديما فى باقى المال . وقد قيل إن أدى القيمة فهو غريم ، وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت . والأشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور ، وقول هؤلاء هو الذى اعتمده فقهاء الأمصار ، وذلك أنه صحت الرواية فى ذلك عنهم صحة لاشك فيها ، روى ذلك مالك فى موطئه . وأيضا فهو أحوط لأموال السادات ، ولأن فى المبيعات يرجع فى عين المبيع له إذا أفلس المشترى

الجنس الثانى

وأما متى يرق ، فإنهم اتفقوا على أنه إنما يرق إذا عجز إما عن البعض وإما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم . واختلفوا هل للعبد أن يعجز نفسه إذا شاء من غير سبب ، أم ليس له ذلك إلا بسبب ؟ فقال الشافعى : الكتابة عقد لازم فى حق العبد وهى فى حق السيد غير لازمة ؛ وقال مالك وأبو حنيفة : الكتابة عقد لازم من الطرفين : أى بين العبد والسيد . وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن العبد والسيد لا يخلو أن يتفقا على التعجيز أو يختلفا ، ثم إذا اختلفا فإما أن يريد السيد التعجيز ويأباه العبد ، أو بالعكس ، أعنى أن يريد به السيد البقاء على الكتابة ، ويريد العبد التعجيز . فأما إذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الأمر من قسمين : أحدهما أن يكون دخل فى الكتابة ولد أو لا يكون ، فإن

(١) هكذا بالنسخ ، والمشهور من مذهب الشافعى عكس ما يقوله ، وربما دل له ما يأتى من الاستدلال . تأمل اه مصححه .

كان دخل ولد فى الكتابة فلا خلاف عنده أنه لا يجوز التعجيز . وإن لم يكن له ولد ففى ذلك روايتان : إحداهما أنه لا يجوز إذا كان له مال ، وبه قال أبو حنيفة ؛ والأخرى أنه يجوز له ذلك . فأما إن طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد إن كان معه مال أو كانت له قوة على السعى . وأما إن أراد السيد التعجيز وأباه العبد ، فإنه لا يعجزه عنده إلا بحكم حاكم ، وذلك بعد أن يثبت السيد عند الحاكم أنه لا مال له ولا قدرة على الأداء .

ونرجع إلى عمدة أدلتهم فى أصل الخلاف فى المسئلة ، فعمدة الشافعى ما روى أن بريرة جاءت إلى عائشة تقول لها : « إنى أريد أن تشترينى تعتقينى ، فقالت لها : إن أراد أهلك ، فجاءت أهلها فباعوها وهى مكاتبة » خرجه البخارى . وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ، ولأن حكم العبد فى هذا المعنى يجب أن يكون كحكم السيد وذلك أن العقود من شأنها أن يكون اللزوم فيها أو الخيار مستويا فى الطرفين ، وأما أن يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الأصول ، وعللوا حديث بريرة بأن الذى باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتها . والحنفية تقول : لما كان المغلب فى الكتابة حق العبد ، وجب أن يكون العقد لازما فى حق الآخر المغلب عليه وهو السيد أصله النكاح ، لأنه غير لازم فى حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم فى حق الزوجة ، والمالكية تعترض هذا بأن تقول إنه عقد لازم فيما وقع به العوض ، إذ كان ليس له أن يسترجع الصداق .

الجنس الثالث

وأما حكمه إذا مات قبل أن يؤدى الكتابة ، فاتفقوا على أنه إذا مات دون ولد قبل أن يؤدى من الكتابة شيئا أنه يرق . واختلفوا إذا مات عن ولد فقال مالك : حكم ولده كحكمه ، فإن ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا ، وإن لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا ، وإن لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعى رقوا ، وأنه إن فضل عن الكتابة شىء من ماله ورثوه على حكم ميراث الأحرار ، وأنه ليس يرثه إلا ولده الذين هم فى الكتابة معه دون سواهم من وارثيه إن كان له وارث

غير الولد الذى معه فى الكتابة . وقال أبوحنيفة : إنه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذى ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وأولاده الأحرار وسائر ورثته . وقال الشافعى : لايرثه بنوه الأحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة، وماله لسيده، وعلى أولاده الذين كاتب عليهم أن يسعوا من الكتابة فى مقدار حظوظهم منها ، وتسقط حصة الأب عنهم ، وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبوحنيفة وسائر الكوفيين . والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم : تعتبر القيمة ، وهو قول الشافعى ؛ وقيل بالثمن ؛ وقيل حصته على مقدار الرءوس . وإنما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الأبناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا فى الكتابة ، لأن من ولد له أولاد فى الكتابة فهم تبع لأبيهم . وعمدة مالك أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ، ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقى . وعمدة الفريق الثانى أن الكتابة لاتضمن . وروى مالك عن عبد الملك بن مروان فى موطئه مثل قول الكوفيين . وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب ؟ فعند مالك أنه يموت مكاتبا ؛ وعند أبى حنيفة أنه يموت حرا ؛ وعند الشافعى أنه يموت عبدا . وعلى هذه الأصول بنوا الحكم فيه . فعمدة الشافعية أن العبودية والحرية ليس بينهما وسط ، وإذا مات المكاتب فليس حرا بعد ، لأن حريته إنما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد ، فقد بقى أنه مات عبدا لأنه لايصح أن يعتق الميت . وعمدة الحنفية أن العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه ، لأنه ليس له أن يرق نفسه ، والحرية يجب أن تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه إلى السيد . وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهى الكتابة ، فمن حيث لم يورث أولاده الأحرار منه جعل له حكم العبيد ، ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الأحرار ، والمسئلة فى حد الاجتهاد . ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين لايقدرون على السعى وأرادت الأم أن تسعى عليهم ، فقال مالك : لها ذلك ؛ وقال الشافعى والكوفيون : ليس لها ذلك . وعمدتهم أن أم الولد إذا مات المكاتب مال من مال السيد ؛ وأما مالك فيرى أن حرمة الكتابة التى لسيدها صائرة إليها وإلى بنيها . ولم يختلف قول مالك أن المكاتب

إذا ترك بنين صغارا لايستطيعون السعى ، وترك أم ولد لاتستطيع السعى أنها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة . وعند أبى يوسف ومحمد بن الحسن أنه لايجوز بيع المكاتب لأم ولده ، ويجوز عند أبى حنيفة والشافعى . واختلف أصحاب مالك فى أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته ، هل تعتق أم ولده أم لا ؟ فقال ابن القاسم : إذا كان معها ولد عتقت وإلا رقت ؛ وقال أشهب : تعتق على كل حال ؛ وعلى أصل الشافعى كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لاينتفع به البنون فى أداء ما عليه من كتابته كانوا معه فى عقد الكتابة ، أو كانوا ولدوا فى الكتابة ، وإنما عليهم السعى ؛ وعلى أصل أبى حنيفة يكون حرا ولا بد ؛ ومذهب ابن القاسم كأنه استحسان .

الجنس الرابع

وهو النظر فيمن يدخل معه فى عقد الكتابة ومن لايدخل . واتفقوا من هذا الباب على أن ولد المكاتب لايدخل فى كتابة المكاتب إلا بالشرط ، لأنه عبد آخر لسيده . وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له فى الكتابة فيها . واختلفوا فى أم الولد على ماتقدم . وكذلك اختلفوا فى دخول ماله أيضا بمطلق العقد ، فقال مالك : يدخل ماله فى الكتابة ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة : لايدخل ؛ وقال الأوزاعى : يدخل بالشرط ، أعنى إذا اشترطه المكاتب ، وهذه المسئلة مبنية على : هل يملك العبد أم لايملك ، وعلى هل يتبعه ماله فى العتق أم لا ؟ وقد تقدم ذلك .

الجنس الخامس

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لايحجر ، وما بقى من أحكام العبد فيه :

فنقول : إنه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئا له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده ، فإنه محجور عليه فى هذه الأمور وأشباهها ، أعنى أنه ليس له أن يخرج من يده شيئا من غير عوض . واختلفوا من هذا الباب فى فروع منها أنه إذا لم يعلم السيد بهبته

أو بعتقه إلا بعد أداء كتابته ، فقال مالك وجماعة من العلماء إن ذلك نافذ ومنعه بعضهم . وعمدة من منعه أن ذلك وقع فى حالة لايجوز وقوعه فيها فكان فاسدا . وعمدة من أجازه أن السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يعجز العبد . وسبب اختلافهم هل إذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته ؟ فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وإن عتق ؛ ومن قال من شرط لزومه قال يجوز إذا عتق لأنه وقع عقدا صحيحا ، فلما ارتفع الإذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن هذا كله عند من أجاز عتقه إذا أذن السيد ، فإن الناس اختلفوا أيضا فى ذلك بعد اتفاقهم على أنه لايجوز عتقه إذا لم يأذن السيد ، فقال قوم : ذلك جائز ؛ وقال قوم : لايجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وبالجواز قال مالك ؛ وعن الشافعى فى ذلك القولان جميعا . والذين أجازوا ذلك اختلفوا فى ولاء المعتق لمن يكون ، فقال مالك : إن مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيده ، وإن مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له ؛ وقال قوم من هؤلاء : بل ولاؤه على كل حال لسيده . وعمدة من لم يجز عتق المكاتب أن الولاء يكون للمعتق ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ولا ولاء للمكاتب فى حين كتابته فلم يصح عتقه . وعمدة من رأى أن الولاء للسيد أن عبد عبده بمنزلة عبده ؛ ومن فرق بين ذلك فهو استحسان .
ومن هذا الباب اختلافهم فى هل للمكاتب أن ينكح أو يسافر بغير إذن سيده ؟ فقال جمهورهم : ليس له أن ينكح إلا بإذن سيده ؛ وأباح بعضهم النكاح له . وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم ، وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ، ولم يجز للسيد أن يشترطه على المكاتب ، وأجازه ابن القاسم فى السفر القريب . والعلة فى منع النكاح أنه يخاف أن يكون ذلك ذريعة إلى عجزه . والعلة فى جواز السفر أن به يقوى على التكسب فى أداء كتابته . وبالجملة فللعلماء فى هذه المسئلة ثلاثة أقوال : أحدها أن للمكاتب أن يسافر بإذن سيده وبغير إذنه ، ولا يجوز أن يشترط عليه أن لايسافر ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى . والقول الثانى إنه ليس له أن يسافر إلا بإذن سيده ، وبه قال مالك . والثالث أن بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر إلا أن يشترط عليه سيده أن لايسافر ، وبه قال أحمد والثورى وغيرهما . ومن هذا الباب اختلافهم

فى هل للمكاتب أن يكاتب عبدا له ؟ فأجاز ذلك مالك مالم يُرد به المحاباة ، وبه قال أبو حنيفة والثورى . وللشافعى قولان : أحدهما إثبات الكتابة ، والآخر إبطالها . وعمدة الجماعة أنها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فأشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء . وعمدة الشافعية أن الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب ، لأنه ليس بحر . واتفقوا على أنه لايجوز للسيد انتزاع شىء من ماله ولا الانتفاع منه بشىء . واختلفوا فى وطء السيد أمته المكاتبة ، فصار الجمهور إلى منع ذلك ؛ وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز إذا اشترطه عليها . وعمدة الجمهور أنه وطء تقع الفرقة فيه إلى أجل آت فأشبه النكاح إلى أجل . وعمدة الفريق الثانى تشبيهها بالمدبرة . وأجمعوا على أنها إن عجزت حل وطؤها . واختلف الذين منعوا ذلك إذا وطئها هل عليه حد أم لا ؟ فقال جمهورهم : لاحد عليه لأنه وطء بشبهة ؛ وقال بعضهم : عليه الحد . واختلفوا فى إيجاب الصداق لها ، والعلماء فيما أعلم على أنه فى أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبيد . ومن هذا الباب اختلافهم فى بيعه ؛ فقال الجمهور : لايباع المكاتب إلا بشرط أن يبقى على كتابته عند مشتريه ؛ وقال بعضهم : بيعه جائز ما لم يؤد شيئا من كتابته ، لأن بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئا ؛ وقال بعضهم : إذا رضى المكاتب بالبيع جاز ، وهو قول الشافعى ، لأن الكتابة عنده ليست بعقد لازم فى حق العبد ، واحتج بحديث بريرة إذ بيعت وهى مكاتبة . وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما فى ذلك من نقض العهد ، وقد أمر الله تعالى بالوفاء به ، وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا ؟ وكذلك اختلفوا فى بيع الكتابة ، فقال الشافعى وأبو حنيفة : لايجوز ذلك ، وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ، ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ، ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر ؛ وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة فى الدين ، وفى ذلك أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم ، أعنى فى الشفعة فى الدين ؛ ومذهب مالك فى بيع الكتابة أنها إن كانت بذهب أنها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما يدخل فى ذلك من الدين بالدين . وإن كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف ، وإذا أعتق

فولاؤه للمكاتب لاللمشترى ؛ ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد أن يجبر العبد على الكتابة أم لا ؟ .

وأما شروط الكتابة فمنها شرعية هى من شروط صحة العقد ، وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة . ومنها شروط بحسب التراضى ، وهذه الشروط منها مايفسد العقد ، ومنها ما إذا تمسك به أفسدت العقد وإذا تركت صح العقد ، ومنها شروط جائزة غير لازمة ، ومنها شروط لازمة ، وهذه كلها هى مبسوطة فى كتب الفروع ، وليس كتابنا هذا كتاب فروع ، وإنما هو كتاب أصول . والشروط التى تفسد العقد بالجملة هى الشروط التى هى ضد شروط الصحة المشروعة فى العقد . والشروط الجائزة هى التى لاتؤدى إلى إخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها ، فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها ، وإنما يختلفون فى الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها ، وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من إخلالها بشروط الصحة ، ولذلك جعل مالك جنسا ثالثا من الشروط ، وهى الشروط التى إن تمسك بها المشترط فسد العقد ، وإن لم يتمسك بها جاز ، وهذا ينبغى أن تفهمه فى سائر العقود الشرعية . فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب إذا اشترط فى الكتابة شرطا من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على أداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا ؟ فقال مالك وجماعة : ذلك الشرط باطل ، ويعتق إذا أدى جميع المال ؛ وقالت طائفة : لايعتق حتى يؤدى جميع المال ، ويأتى بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أعتق رقيق الإمارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين . ولم يختلفوا أن العبد إذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين أنه لايتم عتقه إلا بخدمة تلك السنين ، ولذلك القياس قول من قال : إن الشرط لازم . فهذه المسائل الواقعة المشهورة فى أصول هذا الكتاب .

وههنا مسائل تذكر فى هذا الكتاب وهى من كتب أخرى ، وذلك أنها إذا ذكرت فى هذا الكتاب ذكرت على أنها فروع تابعة للأصول فيه ، وإذا ذكرت فى غيره ذكرت على أنها أصول ، ولذلك كان الأولى ذكرها فى هذا الكتاب . فمن ذلك اختلافهم إذا زوج السيد بنته من مكاتبه ، ثم مات السيد وورثته البنت ، فقال مالك والشافعى : ينفسخ النكاح لأنها ملكت جزءاً منه ،

وملك يمين المرأة محرم عليها بإجماع ؛ وقال أبوحنيفة : يصح النكاح ، لأن الذى ورثت إنما هو مال فى ذمة المكاتب لارقبة المكاتب ، وهذه المسئلة هى أحق بكتاب النكاح . ومن هذا الباب اختلافهم إذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا ؟ فقال الجمهور : لايحاص الغرماء ؛ وقال شريح وابن أبى ليلى وجماعة : يضرب السيد مع الغرماء . وكذلك اختلفوا إذا أفلس وعليه دين يغترق ما بيده ، هل يتعدى ذلك إلى رقبته ؟ فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة : لاسبيل لهم إلى رقبته ؛ وقال الثورى وأحمد: يأخذونه إلا أن يفتكه السيد . واتفقوا على أنه إذا عجز عن عقل الجنايات أنه يسلم فيها إلا أن يعقل عنه سيده ، والقول فى هل يحاص سيده الغرماء أو لا يحاص هو من كتاب التفليس ، والقول فى جنايته هو من باب الجنايات . ومن مسائل الأقضية التى هى فروع فى هذا الباب وأصل فى باب الأقضية اختلافهم فى الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب فى مال الكتابة ؛ فقال مالك وأبوحنيفة : القول قول المكاتب ؛ وقال الشافعى ومحمد وأبويوسف يتحالفان ويتفاسخان قياسا على المتبايعين ، وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن الذى حضر منها الآن فى الذكر هو ما ذكرناه ، ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الأمصار وهى قريبة من المسموع ، فينبغى أن تثبت فى هذا الموضع إذ كان القصد إنما هو إثبات المسائل المشهورة التى وقع الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها فى الشرع وذلك أن قصدنا فى هذا الكتاب كما قلنا غير مرة : إنما هو أن نثبت المسائل المنطوق بها فى الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ، ونذكر من المسائل المسكوت عنها التى شهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار ، فإن معرفة هذين الصنفين من المسائل هى التى تجرى للمجتهد مجرى الأصول فى المسكوت عنها وفى النوازل التى لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ؛ ويشبه أن يكون من تدرب فى هذه المسائل وفهم أصول الأسباب التى أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يجب فى نازلة نازلة من النوازل ، أعنى أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الأمصار ، أعنى فى المسئلة الواحدة بعينها ، ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف ، وذلك

إذا نقل عنه فى ذلك فتوى . فأما إذا لم ينقل عنه فى ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر فى هذه الأصول فيمكنه أن يأتى بالجواب بحسب أصول الفقيه الذى يفتى على مذهبه ، وبحسب الحق الذى يؤديه إليه اجتهاده ، ونحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع فى مذهب مالك كتابا جامعا لأصول مذهبه ومسائله المشهورة التى تجرى فى مذهبه مجرى الأصول للتفريع عليها ، وهذا هو الذى عمله ابن القاسم فى المدونة ، فإنه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ماكان عنده فى ذلك الجنس من مسائل مالك التى هى فيها جارية مجرى الأصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد فى الأحكام والفتوى ، بيد أن فى قوة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسان كما قلنا رتبة الاجتهاد إذا تقدم ، فعلم من اللغة العربية وعلم من أصول الفقه مايكفيه فى ذلك ، ولذلك رأينا أن أخص الأسماء بهذا الكتاب أن نسميه كتاب :

[بداية المجتهد وكفاية المقتصد]

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب التدبير

والنظر فى التدبير : فى أركانه ، وفى أحكامه . أما الأركان فهى أربعة : المعنى ، واللفظ ، والمدبِّر ، والمدبَّر . وأما الأحكام فصنفان : أحكام العقد ، وأحكام المدبر .

(الركن الأول) فنقول : أجمع المسلمون على جواز التدبير ، وهو أن يقول السيد لعبده : أنت حر عن دبر منى ، أو يطلق فيقول : أنت مدبر ، وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق . والناس فى التدبير والوصية على صنفين : منهم من لم يفرق بينهما ، ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن جعل التدبير لازما والوصية غير لازمة . والذين فرقوا بينهما اختلفوا فى مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية ؟ أو حكم التدبير ؟ أعنى إذا قال : أنت حر بعد موتى ، فقال مالك : إذا قال وهو صحيح : أنت حر بعد موتى فالظاهر أنه وصية ، والقول قوله فى ذلك ، ويجوز رجوعه فيها إلا أن يريد التدبير . وقال أبو حنيفة : الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه ، ويقول

مالك قال ابن القاسم ، وبقول أبي حنيفة قال أشهب قال : إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية ، مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضا ، وما أشبه ذلك من الأحوال التي جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم ، فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير ، وهو الشافعي ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من ألفاظ صريح التدبير . وأما على مذهب من يفرق فهو إما من كنايات التدبير ، وإما ليس من كناياته ولا من صريحه ، وذلك أن ما يحمله على الوصية فليس هو عنده من كناياته ولا من صريحه ، ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كناياته . وأما المدبر فإنهم اتفقوا على أن الذي يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه . واختلفوا في حكم من ملك بعضا فدبره ، فقال مالك : يجوز ذلك ، وللذي لم يدبر حظه خياران : أحدهما أن يتقاوماه ، فإن اشتراه الذي دبره كان مدبرا كله ، وإن لم يشتره انتقض التدبير والخيار الثاني أن يقومه عليه الشريك ؛ وقال أبو حنيفة : للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات : إن شاء استمسك بحصته ، وإن شاء استسعى العبد في قيمة الحصة التي له فيه وإن شاء قومها على شريكه إن كان موسرا ، وإن كان معسرا استسعى العبد ؛ وقال الشافعي : يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ، ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ما هو عليه ، فإذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يفعل في سنة العتق ، لأن المال قد صار لغيره وهم الورثة ، وهذه المسئلة هي من الأحكام لا من الأركان ، أعني أحكام المدبر فلتثبت في الأحكام . وأما المدبر فاتفقوا على أن من شروطه أن يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحا أو مريضا ، وإن من شرطه أن لا يكون ممن أحاط الدين بماله ، لأنهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير ، واختلفوا في تدبير السفيه . فهذه هي أركان هذا الباب . وأما أحكامه فأصولها راجعة إلى أجناس خمسة : أحدها : مماذا يخرج المدبر ، هل من رأس المال أو الثلث ؟ . والثاني : ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه ، أعني ما دام مدبرا . والثالث : ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه . والرابع : مبطلات التدبير الطارئة عليه . والخامس : في أحكام تبعيض التدبير .

الجنس الأول

فأما مماذا يخرج المدبر إذا مات المدبر ، فإن العلماء اختلفوا فى ذلك ؟ فذهب الجمهور إلى أنه يخرج من الثلث ؛ وقالت طائفة : هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر ؛ فمن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية ، لأنه حكم يقع بعد الموت. وقد روى حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ» إلا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث ، لأنه رواه على بن طيبان عن نافع عن عبد الله بن عمر ، وعلى بن طيبان متروك الحديث عند أهل الحديث . ومن رآه من رأس المال شبهه بالشىء يخرجه الإنسان من ماله فى حياته فأشبه الهبة . واختلف القائلون بأنه من الثلث فى فروع ، وهو إذا دبر الرجل غلاما له فى صحته ، وأعتق فى مرضه الذى مات عنه غلاما آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما ، فقال مالك : يقدم المدبر لأنه كان فى الصحة ؛ وقال الشافعى : يقدم المعتق المبتَّل ، لأنه لايجوز له رده ، ومن أصله أنه يجوز عنده رد التدبير ، وهذه المسئلة هى أحق بكتاب الوصايا .

وأما الجنس الثانى

فأشهر مسئلة فيه هى هل للمدبر أن يبيع المدبر أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة : ليس للسيد أن يبيع مدبره ؛ وقال الشافعى وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور : له أن يرجع فيبيع مدبره ؛ وقال الأوزاعى : لايباع إلا من رجل يريد عتقه . واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة فى فروع وهو إذا بيع فأعتقه المشترى ، فقال مالك : ينفذ العتق ؛ وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء أعتقه المشترى أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة أنه ممنوع عبادة . فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم باع مدبرا » وربما شبهوه بالوصية . وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ ـ لأنه عتق إلى أجل فأشبه أم الولد أو أشبه العتق المطلق . فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص ، أو العموم للخصوص . ولا خلاف بينهم أن المدبر أحكامه

فى حدوده وطلاقه وشهادته وسائر أحكامه أحكام العبيد . واختلفوا من هذا الباب فى جواز وطء المدبرة ، فجمهور العلماء على جواز وطئها ؛ وروى عن ابن شهاب منع ذلك ؛ وعن الأوزاعى كراهية ذلك إذا لم يكن وطئها قبل التدبير . وعمدة الجمهور تشبيهها بأم الولد ؛ ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة إلى أجل ؛ ومنع وطء المعتقة إلى أجل شبهها بالمنكوحة إلى أجل ، وهى المتعة ؛ واتفقوا على أن للسيد فى المدبر الخدمة ، ولسيده أن ينتزع ماله منه متى شاء كالحال فى العبد ؛ قال مالك : إلا أن يمرض مرضا مخوفا فيكره له ذلك .

الجنس الثالث

فأما ما يتبعه فى التدبير مما لا يتبعه ، فإن من مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح أو زنى ، فقال الجمهور : ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها : وقال الشافعى فى قوله المختار عند أصحابه إنهم لا يعتقون بعتقها ؛ وأجمعوا على أنه إذا أعتقها سيدها فى حياته أنهم يعتقون بعتقها ؛ وعمدة الشافعية أنهم إذا لم يعتقوا فى العتق المنجز فأحرى أن لا يعتقوا فى العتق المؤجل بالشرط . واحتج أيضا بإجماعهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها ؛ والجمهور رأوا أن التدبير حرمة ما ، فأوجبوا اتباع الولد تشبيها بالكتابة ، وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر ، وقول الشافعى مروى عن عمر ابن عبد العزيز وعطاء بن أبى رباح ومكحول ؛ وتحصيل مذهب مالك فى هذا أن كل امرأة فولدها تبع لها ، إن كانت حرة فحرة ، وإن كانت مكاتبة فكاتب وإن كانت مدبرة فمدبر ، أو معتقة إلى أجل فمعتق إلى أجل ، وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها ، وخالف فى ذلك أهل الظاهر ، وكذلك المعتق بعضه عند مالك ؛ وأجمع العلماء على أن كل ولد من تزويج فهو تابع لأمه فى الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية إلى الحرية إلا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربى . وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين أنه تابع لأبيه ، إن حرا فحرا ، وإن عبدا فعبدا ، وإن مكاتبا فكاتبا . واختلفوا فى المدبر إذا تسرى فولد له فقال مالك : حكمه حكم الأب : يعنى أنه المدبر ؛ وقال

الشافعى وأبو حنيفة : ليس يتبعه ولده فى التدبير . وعمدة مالك الإجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للأب ما عدا المدبر ، وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الإجماع . وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ، ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له أنه مال من ماله ، ويتبعه فى الحرية ماله عند مالك .

الجنس الرابع

وأما النظر فى تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر له حظا فى عبده دون أن يدبر شريكه ونقله إلى هذا الموضع أولا ، فلينقل إليه . وأما من دبر جزءا من عبد هو له كله ، فإنه يقضي عليه بتدبير الكل ، قياسا على من بعّض العتق عند مالك .

وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير

فمن هذا الباب اختلافهم فى إبطال الدين للتدبير ؛ فقال مالك والشافعى : الدين يبطله ؛ وقال أبو حنيفة : ليس يبطله ويسعى فى الدين ، وسواء كان الدين مستغرقا للقيمة أو لبعضها . ومن هذا الباب اختلافهم فى النصرانى يدبر عبدا له نصرانيا ، فيُسْلِم العبد قبل موت سيده ، فقال الشافعى : يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره ؛ وقال مالك : يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصرانى ، ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده ، فإن مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط بماله ؛ وقال الكوفيون : إذا أسلم مدبر النصرانى قوّم وسعى العبد فى قيمته ، ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض إذا ضاق الثلث عنهما .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب أمهات الأولاد

وأصول هذا الباب النظر فى هل تباع أم الولد أم لا ؟ وإن كانت لا تباع فمتى تكون أم ولد ، وبماذا تكون أم ولد ، وما يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ، ومتى تكون حرة ؟ .

(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم ، فالثابت عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بأنها لاتباع وأنها حرة من رأس مال سيدها إذا مات . وروى مثل ذلك عن عثمان ، وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الأمصار . وكان أبوبكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدرى يجيزون بيع أم الولد ، وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار. وقال جابر وأبو سعيد : « كنا نبيع أمهات الأولاد والنبى عليه الصلاة والسلام فينا لايرى بذلك بأسا » واحتجوا بما روى عن جابر أنه قال « كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدر من خلافة عمر ، ثم نهانا عمر عن بيعهن » ومما اعتمد عليه أهل الظاهر فى هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الإجماع ، وذلك أنهم قالوا : لما انعقد الإجماع على أنها مملوكة قبل الولادة ، وجب أن تكون كذلك بعد الولادة إلى أن يدل الدليل على غير ذلك ، وقد تبين فى كتب الأصول قوة هذا الاستدلال ، وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس ، وإنما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس ، وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم ، وهو الذى يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى ، وذلك أنهم يقولون : أليس تعرفون أن الإجماع قد انعقد على منع بيعها فى حال حملها ، فإذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الإجماع بعد وضع الحمل ، إلا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا فى هذا الأصل نقضا ، وذلك أنهم لايسلمون منع بيعها حاملا : ومما اعتمده الجمهور فى هذا الباب من الأثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى مارية سريته لما ولدت إبراهيم « أعْتَقَهَا وَلَدُهَا » ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « أَيُّمَا امْرَأَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَإِنَّهَا حُرَّةٌ إِذَا مَاتَ » وكلا الحديثين لايثبت عند أهل الحديث ، حكى ذلك أبو عمر ابن عبد البر رحمه الله ، وهو من أهل هذا الشأن ، وربما قالوا أيضا من طريق المعنى أنها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها ، وحكو هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لايبعن فقال : خالطت لحومنا لحومهن ، ودماؤنا دماؤهن . وأما متى تكون أم ولد ، فإنهم اتفقوا

على أنها تكون أم ولد إذا ملكها قبل حملها منه . واختلفوا إذا ملكها وهى حامل منه أو بعد أن ولدت منه ، فقال مالك : لاتكون أم ولد إذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها ؛ وقال أبوحنيفة : تكون أم ولد . واختلف قول مالك إذا ملكها وهى حامل ، والقياس أن تكون أم ولد فى جميع الأحوال إذكان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « بُعِثْتُ لأُتَمِّمَ مَكَارِمَ الأَخْلاقِ » وأما بماذا تكون أم ولد؟ فإن مالكا قال : كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقة ؛ وقال الشافعى : لابد أن يؤثر فى ذلك شىء مثل الخلقة والتخطيط . واختلافهم راجع إلى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود . وأما ما يبقى فيها من أحكام العبودية ، فإنهم اتفقوا على أنها فى شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالأمة . وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها إلا ما روى عن عمر بن الخطاب أنها إذا زنت رقت . واختلف قول مالك والشافعى هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله إياها ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، وإنما له فيها الوطء فقط ؛ وقال الشافعى : له ذلك وعمدة مالك أنه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك إجارتها ، إلا أنه يرى أن إجارة بنيها من غيره جائزة ، لأن حرمتهم عنده أضعف . وعمدة الشافعى انعقاد الإجماع على أنه يجوز له وطؤها . فسبب الخلاف تردد إجارتها بين أصلين : أحدهما وطؤها . والثانى بيعها . فيجب أن يرجح أقوى الأصلين شبها . وأما وأما متى تكون حرة ، فإنه لاخلاف بينهم أن آن ذلك الوقت هو إذا مات السيد ، ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث ، وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول : إن المدبر يعتق من الثلث .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجنايات

والجنايات التى لها حدود مشروعة أربع جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا ، وجنايات على الفروج وهو المسمى زنى وسفاحا ، وجنايات على الأموال ، وهذه ما كان منها مأخوذا بحرب سمى حرابة

إذا كان بغير تأويل ، وإن كان بتأويل سمي بغيا مأخوذا على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة ، وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمى غصبا ؛ وجنايات على الأعراض ، وهو المسمى قذفا ؛ وجنايات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب ، وهذه إنما يوجد فيها حد فى هذه الشريعة فى الخمر فقط ، وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه ، فلنبتدئ منها بالحدود التى فى الدماء فنقول : إن الواجب فى إتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص وإما مال ، وهو الذى يسمى الدية ، فإذاً النظر أولا فى هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : النظر فى القصاص ، والنظر فى الدية . والنظر فى القصاص ينقسم إلى القصاص فى النفوس ، وإلى القصاص فى الجوارح . والنظر أيضا فى الديات ينقسم إلى النظر فى ديات النفوس ، وإلى النظر فى ديات قطع الجوارح والجراح . فينقسم أولا هذا الكتاب إلى كتابين : أولهما يرسم عليه كتاب القصاص . والثانى يرسم عليه كتاب الديات .

كتاب القصاص

وهذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : الأول : النظر فى القصاص فى النفوس . والثانى : النظر فى القصاص فى الجوارح ، فلنبدأ من القصاص فى النفوس .

كتاب القصاص فى النفوس

والنظر أولا فى هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : إلى النظر فى الموجب ، أعنى الموجب للقصاص . وإلى النظر فى الواجب ، أعنى القصاص وفى أبداله إن كان له بدل . فلنبدأ أولا بالنظر فى الموجب ، والنظر فى الموجب يرجع إلى النظر فى صفة القتل والقاتل التى يجب بمجموعها والمقتول القصاص ، فإنه ليس أى قاتل اتفق يقتص منه ، ولا بأى قتل اتفق ، ولا من أى مقتول اتفق ، بل من قاتل محدود بقتل محدود ومقتول محدود ، إذ كان المطلوب فى هذا الباب إنما هو العدل . فلنبدأ من النظر فى القاتل ، ثم فى القتل ، ثم فى المقتول .

القول فى شروط القاتل

فنقول : إنهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغا مختارا للقتل مباشرا غير مشارك له فيه غيره واختلفوا فى المكرَه والمكرِه ، وبالجملة الآمر والمباشر ، فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وجماعة : القتل على المباشر دون الآمر ، ويعاقب الآمر ؛ وقالت طائفة : يقتلان جميعا ، وهذا إذا لم يكن هنالك إكراه ولاسلطان للآمر على المأمور . وأما إذا كان للآمر سلطان على المأمور ، أعنى المباشر ، فإنهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال : فقال قوم : يقتل الآمر دون المأمور ، ويعاقب المأمور ، وبه قال داود وأبو حنيفة ، وهو أحد قولى الشافعى . وقال قوم : يقتل المأمور دون الآمر ، وهو أحد قولى الشافعى . وقال قوم : يقتلان جميعا ، وبه قال مالك : فمن لم يوجب حدا على المأمور اعتبر تأثير الإكراه فى إسقاط كثير من الواجبات فى الشرع ، لكون المكرَه يشبه من لا اختيار له . ومن رأى عليه القتل غلّب عليه حكم الاختيار ، وذلك أن المكرَه يشبه من جهة المختار ، ويشبه من جهة المضطر المغلوب ، مثل الذى يسقط من علو ، والذى تحمله الريح من موضع إلى موضع . ومن رأى قتلهم جميعا لم يعذر المأمور بالإكراه ولا الآمر بعدم المباشرة . ومن رأى قتل الآمر فقط شبه المأمور بالآلة التى لا تنطق . ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل إلا بالاستعارة . وقد اعتمدت المالكية فى قتل المكرَه على القتل بالقتل بإجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل إنسانا فيأكله . وأما المشارك للقاتل عمدا فى القتل ، فقد يكون القتل عمدا وخطأ ، وقد يكون القاتل مكلفا وغير مكلف ، وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد . وأما إذا اشترك فى القتل عامد ومخطئ أو مكلف وغير مكلف ، مثل عامد وصبى أو مجنون ، أو حر وعبد فى قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد ، فإن العلماء اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك والشافعى : على العامد القصاص ، وعلى المخطئ والصبى نصف الدية ؛ إلا أن مالكا يجعله على العاقلة ؛ والشافعى فى ماله على ما يأتى ، وكذلك قالا

فى الحر والعبد يقتلان العبد عمدا أن العبد يقتل ، وعلى الحر نصف القيمة ، وكذلك الحال فى المسلم والذمىّ يقتلان جميعا . وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لايجب عليه القصاص ، فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية ، وعمدة الحنفية أن هذه شبهة ، فإن القتل لا يتبعض وممكن أن تكون إفاتة نفسه من فعل الذى لاقصاص عليه كإمكان ذلك ممن عليه القصاص ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « ادْرَءُوا الحُدُودَ بالشُّبهات » وإذا لم يكن الدم وجب بدله ، وهو الدية . وعمدة الفريق الثانى النظر إلى المصلحة التى تقتضى التغليظ لحوطة الدماء ، فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه ، وفيه ضعف فى القياس . وأما صفة الذى يجب به القصاص ، فاتفقوا على أنه العمد ، وذلك أنهم أجمعوا على أن القتل صنفان : عمد ، وخطأ . واختلفوا فى هل بينهما وسط أم لا ؟ وهو الذى يسمونه شبه العمد ، فقال به جمهور فقهاء الأمصار . والمشهور عن مالك نفيه إلا فى الابن مع أبيه ؛ وقد قيل أنه يتخرج عنه فى ذلك رواية أخرى ، وبإثباته قال عمر ابن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعرى والمغيرة ، ولا مخالف لهم من الصحابة ؛ والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد ، وذلك راجع فى الأغلب إلى الآلات التى يقع بها القتل ، وإلى الأحوال التى كان من أجلها الضرب ؛ فقال أبو حنيفة : كل ما عدا الحديد من القضب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : شبه العمد ما لا يقتل مثله ؛ وقال الشافعى : شبه العمد ما كان عمدا فى الضرب خطأ فى القتل : أى ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل . والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا ، والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا ، وهو حسن . فعمدة من نفى شبه العمد أنه لاواسطة بين الخطأ والعمد ، أعنى بين أن يقصد القتل أو لا يقصده : وعمدة من أثبت الوسط أن النيات لا يطلع عليها إلا الله تبارك وتعالى وإنما الحكم بما ظهر . فمن قصد ضرب آخر بآلة لاتقتل غالبا كان حكمه كحكم الغالب ، أعنى حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف . ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لاتقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا فى حقنا لا فى حق الآمر نفسه عند الله تعالى . أما شبهه العمد فمن

جهة ما قصد ضربه . وأما شبيه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل ؛ وقد روى حديث مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ألا إنَّ قَتْلَ الخطأ شِبْهِ العَمْدِ ما كانَ بالسَّوْطِ والعَصَا والحَجَرِ دِيَتُهُ مُغَلَّظَةٌ مائةٌ مِنَ الإِبِلِ مِنْها أرْبَعُونَ فى بُطُونِها أوْلادُها » إلا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الإسناد فيما ذكره أبو عمر ابن عبد البر ، وإن كان أبو داود وغيره قد خرّجه ، فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص ، وعند من أثبته تجب به الدية ، ولا خلاف فى مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص . واختلف فى الذى يكون عمدا على جهة اللعب ، أو على جهة الأدب لمن أبيح له الأدب . وأما الشرط الذى يجب به القصاص فى المقتول ، فهو أن يكون مكافئا لدم القاتل . والذى به تختلف النفوس هو الإسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والأنوثية والواحد والكثير . واتفقوا على أن المقتول إذا كان مكافئا للقاتل فى هذه الأربعة أنه يجب القصاص . واختلفوا فى هذه الأربعة إذا لم تجتمع . أما الحر إذا قتل العبد عمدا ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والشافعى والليث وأحمد وأبو ثور : لا يقتل الحر بالعبد ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه ؛ وقال قوم : يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل ، وبه قال النخعى ؛ فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى - كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فى القَتْلَى الحُرُّ بالحُرِّ والعَبْدُ بالعَبْدِ - ومن قال : يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « المُسْلِمُونَ تَتَكافأُ دِماؤُهُمْ ، ويَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أدْناهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلى مَنْ سِواهُمْ » . فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ، ومن فرق فضعيف . ولا خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر ، وكذلك الأنقص بالأعلى . ومن الحجة أيضا لمن قال : يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلْناهُ بِهِ » ومن طريق المعنى قالوا : ولما كان قتله محرما كقتل الحر ، وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص فى الحر

وأما قتل المؤمن بالكافر الذمى ، فاختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة أقوال :
فقال قوم : لايقتل مؤمن بكافر ، وممن قال به الشافعى والثورى وأحمد وداود
وجماعة . وقال قوم : يقتل به ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن
أبى ليلى . وقال مالك والليث : لايقتل به إلا أن يقتله غيلة ، وقتل الغيلة أن
يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله . فعمدة الفريق الأول ما روى من حديث
على أنه سأله قيس بن عبادة والأشتر هل عهد إليه رسول الله صلى الله عليه
وسلم عهدا لم يعهده إلى الناس قال : لا ، إلا ما فى كتابى هذا ، وأخرج كتابا
من قراب سيفه فإذا فيه « المُؤْمِنُونَ تَتَكَافَأُ دِماؤُهُمْ وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ
أدْناهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلى مَنْ سِوَاهُمْ ، ألاَ لا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكافِرٍ ،
ولا ذُو عَهْدٍ فى عَهْدِهِ ، مَنْ أحْدَثَ حَدَثاً أو آوَى مُحْدِثاً فَعَلَيْهِ
لَعْنَةُ اللهِ والمَلائِكَةِ والنَّاسِ أجْمَعِينَ » خرجه أبو داود . وروى أيضا
عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال
« لايقتل مؤمن بكافر » واحتجوا فى ذلك بإجماعهم على أنه لايقتل مسلم
بالحربى الذى أمن . وأما أصحاب أبى حنيفة فاعتمدوا فى ذلك آثارا منها حديث
يرويه ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمانى قال « قتل رسول
الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال : أنا
أحَقُّ مَنْ وَفَّى بِعَهْدِهِ » ورووا ذلك عن عمر ، قالوا : وهذا مخصص
لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لايقتل مؤمن بكافر » أى أنه إريد به الكافر
الحربى دون الكافر المعاهد ، وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلمانى
وما رووا من ذلك عن عمر . وأما من طريق القياس فإنهم اعتمدوا على إجماع
المسلمين فى أن يد المسلم تقطع إذا سرق من مال الذمى ، قالوا : فإذا كانت
حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه ، فسبب الخلاف تعارض
الآثار والقياس : وأما قتل الجماعة بالواحد ، فإن جمهور فقهاء الأمصار قالوا
تقتل الجماعة بالواحد ، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد
وأبو ثور وغيرهم ، سواء كثرت الجماعة أو قلت ، وبه قال عمر حتى روى
أنه قال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا . وقال داود وأهل الظاهر

لاتقتل الجماعة بالواحد ، وهو قول ابن الزبير ، وبه قال الزهرى ، وروى عن جابر . وكذلك عند هذه الطائفة لاتقطع أيد بيد ، أعنى إذا اشترك اثنان فما فوق ذلك فى قطع يد ؛ وقال مالك والشافعى : تقطع الأيدى باليد ؛ وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف فقالوا : تقتل الأنفس بالنفس ، ولا يقطع بالطرف إلا طرف واحد ، وسيأتى هذا فى باب القصاص من الأعضاء . فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر إلى المصلحة ، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفى القتل كما نبه عليه الكتاب فى قوله تعالى ـ وَلَكُمْ فِى القِصَاصِ حَيَاةٌ يا أُولِى الأَلْبَابِ ـ وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة ، لكن للمعترض أن يقول : إن هذا إنما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد ، فأما إن قتل منهم واحد وهو الذى من قتله يظن إتلاف النفس غالبا على الظن ، فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على إذهاب النفوس . وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى ـ وكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيها أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ والعَيْنَ بِالعَيْنِ ـ وأما قتل الذكر بالأنثى ، فإن ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى أنه إجماع ، إلا ما حكى عن على من الصحابة ، وعن عثمان البتى أنه إذا قتل الرجل بالمرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية : وحكى القاضى أبو الوليد الباجى فى المنتقى عن الحسن البصرى ، أنه لايقتل الذكر بالأنثى ، وحكاه الخطابى فى معالم السنن ، وهو شاذ ، ولكن دليله قوى لقوله تعالى ـ والأُنْثَى بالأُنْثَى ـ وإن كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذى فى قوله تعالى ـ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ـ لكن يدخله أن هذا الخطاب وارد فى غير شريعتنا ، وهى مسئلة مختلف فيها ، أعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا ؟ والاعتماد فى قتل الرجل بالمرأة هو النظر إلى المصلحة العامة . واختلفوا من هذا الباب فى الأب والابن ، فقال مالك : لايقاد الأب بالابن إلا أن يضجعه فيذبحه ، فأما إن حذفه بسيف أو عصا فقتله لم يقتل ، وكذلك الجد عنده مع حفيده . وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى : لايقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده إذا قتله بأى وجه كان من أوجه العمد ، وبه قال جمهور العلماء . وعمدتهم حديث ابن عباس أن النبى عليه الصلاة والسلام قال

« لاتُقامُ الحُدُودُ فى المَساجِدِ ولايُقادُ بالوَلَدِ الوَالِدُ » . وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم ما رووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف فأصاب ساقه ، فنزى جرحه فمات ، فقدم سراقة بن جعشم على عمر ابن الخطاب فذكر ذلك له ، فقال له عمر: اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك ، فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ، ثم قال : أين أخو المقتول ، فقال : ها أناذا ، قال : خذها ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لَيْسَ لِقاتِلٍ شَىْءٌ » فإن مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمدا محضا ، وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والأب . وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لإجماعهم أن من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد . وأما مالك فرأى لما للأب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له أن حمل القتل الذى يكون فى أمثال هذه الأحوال على أنه ليس بعمد ، ولم يتهمه إذ كان ليس بقتل غيلة ، فإنما يحمل فاعله على أنه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة ، إذ كانت النيات لا يطلع عليها إلا الله تعالى ، فمالك لم يتهم الأب حيث اتهم الأجنبى ، لقوة المحبة التى بين الأب والابن . والجمهور إنما عللوا درء الحد عن الأب لمكان حقه على الابن ، والذى يجىء على أصول أهل الظاهر أن يقاد ، فهذا هو القول فى الموجب .

وأما القول فى الموجب

فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين : القصاص ، أو العفو إما على الدية وإما على غير الدية . واختلفوا هل الانتقال من القصاص إلى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون فى ذلك خيار للمقتص منه ، أم لا تثبت الدية إلا بتراضى الفريقين ، أعنى الولى والقاتل ، وأنه إذا لم يرد المقتص منه أن يؤدى الدية لم يكن لولى الدم إلا القصاص مطلقا أو العفو ، فقال مالك : لا يجب للولى إلا أن يقتص أو يعفو عن غير دية إلا أن يرضى بإعطاء الدية القاتل ، وهى رواية ابن القاسم عنه ، وبه قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وجماعة . وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود وأكثر فقهاء

المدينة من أصحاب مالك وغيره : ولى الدم بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية ، رضى القاتل أولم يرض ، وروى ذلك أشهب عن مالك ، إلا أن المشهورعنه هى الرواية الأولى . فعمدة مالك فى الرواية المشهورة حديث أنس ابن مالك فى قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كِتابُ اللهِ القِصَاصُ » فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص . وعمدة الفريق الثانى حديث أبى هريرة الثابت « مَنْ قُتِلَ لهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَيْنَ أنْ يأخُذَ الدِّيَةَ وَبَيْنَ أنْ يَعْفُو » هما حديثان متفق على صحتهما ، لكن الأول ضعيف الدلالة فى أنه ليس له إلا القصاص . والثانى نص فى أن له الخيار والجمع بينهما يمكن إذا رفع دليل الخطاب من ذلك ، فإن كان الجمع واجبا وممكنا فالمصير إلى الحديث الثانى واجب ؛ والجمهور على أن الجمع واجب إذا أمكن وأنه أولى من الترجيح ، وأيضا فإن الله عز وجل يقول — ولا تَقْتُلُوا أنْفُسَكُمْ — وإذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها ، أصله إذا وجد الطعام فى مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه ، أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ؟ ويلزم على هذه الرواية إذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ، ولا سيما إذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الإخوة . قال القاضى : وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى رحمه الله ، فأفتى أهل زمانه بالرواية المشهورة ، وهو أن لاينتظر الصغير ، فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس ، فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر أن يضع فى ذلك قولا ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدى الناس ، والنظر فى هذا الباب هو فى قسمين : فى العفو والقصاص . والنظر فى العفو فى شيئين : أحدهما فيمن له العفو ممن ليس له ، وترتيب أهل الدم فى ذلك ، وهل يكون له العفو على الدية أم لا ؟ وقد تكلمنا فى : هل له العفو على الدية . وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم ، والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره : كل من يرث ، وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمدا إذا كان له بنون بالغون فعفا أحدهم أن القصاص قد بطل ووجبت الدية

واختلفوا فى اختلاف البنات مع البنين فى العفو أو فى القصاص . وكذلك الزوجة أو الزوج والأخوات ، فقال مالك : ليس للبنات ولا الأخوات قول مع البنين والإخوة فى القصاص أو ضده ، ولا يعتبر قولهن مع الرجال ، وكذلك الأمر فى الزوجة والزوج ؛ وقال أبو حنيفة والثورى وأحمد والشافعى كل وارث يعتبر قوله فى إسقاط القصاص وفى إسقاط حظه من الدية ، وفى الأخذ به قال الشافعى الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء . وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية . وعمدة الفريق الأول أن الولاية إنما هى للذكران دون الإناث . واختلف العلماء فى المقتول عمدا إذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الأولياء ؟ وكذلك فى المقتول خطأ إذا عفا عن الدية ، فقال قوم : إذا عفا المقتول عن دمه فى العمد مضى ذلك ، وممن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والأوزاعى ، وهذا أحد قولى الشافعى ؛ وقالت طائفة أخرى : لا يلزم عفوه ، وللأولياء القصاص أو العفو ، وممن قال به أبو ثور وداود ، وهو قول الشافعى بالعراق . وعمدة هذه الطائفة أن الله خير الولى فى ثلاث : إما العفو ، وإما القصاص ، وإما الدية . وذلك عام فى كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف . وعمدة الجمهور أن الشىء الذى جعل للولى إنما هو حق المقتول ، فناب فيه منابه وأقيم مقامه ، فكان المقتول أحق بالخيار من الذى أقيم مقامه بعد موته . وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى ـ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ـ أن المراد بالمتصدق ههنا هو المقتول يتصدق بدمه . وإنما اختلفوا على من يعود الضمير فى قوله ـ فهو كفارة له ـ فقيل على القاتل لمن رأى له توبة ، وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه . وأما اختلافهم فى عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الأمصار : إن عفوه من ذلك فى ثلثه إلا أن يجيزه الورثة ؛ وقال قوم : يجوز فى جميع ماله ، وممن قال به طاوس والحسن . وعمدة الجمهور أنه واهب مالا له بعد موته فلم يجز إلا فى الثلث ، أصله الوصية . وعمدة الفرقة الثانية أنه إذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال ، وهذه المسئلة هى أخص بكتاب الديات . واختلف العلماء إذا عفا المجروح عن الجراحات ، فمات منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا ؟ فقال مالك : لهم

ذلك إلا أن يقول عفوت عن الجراحات وعما تئول إليه ؛ وقال أبو يوسف ومحمد إذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم ، والعفو عن الجراحات عفو عن الدم ؛ وقال قوم : بل تلزمهم الدية إذا عفا عن الجراحات مطلقا ، وهؤلاء اختلفوا ، فنهم من قال : تلزم الجارح الدية كلها ، واختاره المزنى من أقوال الشافعى ؛ ومنهم من قال : يلزم من الدية مابقى منها بعد إسقاط دية الجرح الذى عفا عنه ، وهو قول الثورى . وأما من يرى أنه لايعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف فى أنه لايسقط ذلك طلب الولى الدية ، لأنه إذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولى ، فأحرى أن لايسقط عفوه عن الجرح .
واختلفوا فى القاتل عمدا يعفى عنه ، هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا ؟ فقال مالك والليث : إنه يجلد مائة ويسجن سنة ، وبه قال أهل المدينة ، وروى ذلك عن عمر ؛ وقالت طائفة : الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور : لايجب عليه ذلك ؛ وقال أبو ثور : إلا أن يكون يعرف بالشر فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى . ولا عمدة للطائفة الأولى إلا أثر ضعيف . وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد فى ذلك لايكون إلا بتوقيف ، ولا توقيف ثابت فى ذلك .

القول فى القصاص

والنظر فى القصاص هو فى صفة القصاص ، وممن يكون ؟ ومتى يكون ؟
فأما صفة القصاص فى النفس ، فإن العلماء اختلفوا فى ذلك ، فنهم من قال : يقتص من القاتل على الصفة التى قتل ، فن قتل تغريقا قتل تغريقا ، ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك ، وبه قال مالك والشافعى ، قالوا : إلا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح . واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر ، هل يحرق مع موافقتهم لمالك فى احتذاء صورة القتل ؟ وكذلك فيمن قتل بالسهم ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : بأى وجه قتله لم يقتل إلا بالسيف . وعمدتهم ماروى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاقَوَدَ إلاَّ بِحَدِيدةٍ » . وعمدة الفريق الأول حديث أنس « أن يهوديا رضخ رأس امرأة بحجر ، فرضخ النبى صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر ، أو قال : بين حجرين » وقوله ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ والقصاص يقتضى المماثلة

وأما ممن يكون القصاص فالظاهر أنه يكون من ولى الدم، وقد قيل إنه لايمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجور فيه . وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته ، والإعذار إلى القاتل فى ذلك إن لم يكن مقرا . واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم . وأجمعوا على أن الحامل إذا قتلت عمدا أنه لايقاد منها حتى تضع حملها . واختلفوا فى القاتل بالسيف والجمهور على وجوب القصاص ؛ وقال بعض أهل الظاهر : لايقتص منه من أجل أنه عليه الصلاة والسلام سُمَّ هو وأصحابه ، فلم يتعرض لمن سمه .

كمل كتاب القصاص فى النفس .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجراح

والجراح صنفان : منها مافيه القصاص أو الدية أو العفو . ومنها ما فيه الدية أو العفو . ولنبدأ بما فيه القصاص ، والنظر أيضا هاهنا فى شروط الجارح والجرح الذى به يحق القصاص والمجروح ، وفى الحكم الواجب الذى هو القصاص ، وفى بدله إن كان له بدل .

القول فى الجارح

ويشترط فى الجارح أن يكون مكلفا كما يشترط ذلك فى القاتل ، وهو أن يكون بالغا عاقلا ، والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف ، وإن كان الخلاف فى مقداره ، فأقصاه ثمانية عشر سنة ، وأقله خمسة عشر سنة ، وبه قال الشافعى ، ولا خلاف أن الواحد إذا قطع عضو إنسان واحد اقتص منه إذا كان مما فيه القصاص . واختلفوا إذا قطعت جماعة عضوا واحدا ، فقال أهل الظاهر : لاتقطع يدان فى يد ؛ وقال مالك والشافعى : تقطع الأيدى باليد الواحدة ، كما تقتل عندهم الأنفس بالنفس الواحدة ؛ وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف ، فقالوا : لاتقطع أعضاء بعضو ، وتقتل أنفس بنفس ، وعندهم أن الأطراف تتبعض ، وإزهاق النفس لايتبعض . واختلف فى الإنبات ، فقال الشافعى : هو بلوغ بإطلاق . واختلف المذهب فيه فى الحدود ، هل هو بلوغ

فيها أم لا ؟ والأصل فى هذا كله حديث بنى قريظة « أنه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسى » كما أن الأصل فى السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمس عشرة سنة .

القول فى المجروح

وأما المجروح فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئا لدم الجارح والذى يؤثر فى التكافؤ العبودية والكفر . أما العبد والحر فإنهم اختلفوا فى وقوع القصاص بينهما فى الجرح كاختلافهم فى النفس ؛ فنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ، ويقتص للحر من العبد كالحال فى النفس ؛ ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ، ولم يفرق بين الجرح والنفس ؛ ومنهم من فرق فقال : يقتص من الأعلى للأدنى فى النفس والجرح ؛ ومنهم من قال : يقتص من النفس دون الجرح ، وعن مالك الروايتان . والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح ، فهذه هى حال العبيد مع الأحرار . وأما حال العبيد بعضهم مع بعض ، فإن للعلماء فيهم ثلاثة أقوال : أحدها أن القصاص بينهم فى النفس وما دونها ، وهو قول الشافعى وجماعة ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب ، وهو قول مالك . والقول الثانى أنه لا قصاص بينهم لا فى النفس ولا فى الجرح وأنهم كالبهائم ، وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة . والثالث أن القصاص بينهم فى النفس دون ما دونها ؛ وبه قال أبو حنيفة والثورى ، وروى ذلك عن ابن مسعود . وعمدة الفريق الأول قوله تعالى ـ والعبد بالعبد ـ . وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين « أن عبدا لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء ، فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه » فهذا هو حكم النفس .

القول فى الجرح

وأما الجرح فإنه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد ، أعنى الجرح الذى يجب فيه القصاص ، والجرح لا يخلو أن يكون يتلف جارحة من جوارح

المجروح أو لايتلف ، فإن كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو أن يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبا . وأما إن جرحه على وجه اللعب أو اللعب بما لايجرح به غالبا أوعلى وجه الأدب ، فيشبه أن يكون فيه الخلاف الذى يقع فى القتل الذى يتولد عن الضرب فى اللعب والأدب بما لايقتل غالبا ، فإن أبا حنيفة يعتبر الآ لة حتى يقول إن القاتل بالمثقل لا يُقتل وهو شذوذ منه ، أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أوالدية إن كان الجرح مما فيه الدية . وأما إن كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجروح ، فمن شرط القصاص فيه العمد أيضا بلا خلاف ، وفى تمييز العمد منه من غير العمد خلاف . أما إذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالبا ، أو ضربه على وجه النائرة فلا خلاف أن فيه القصاص . وأما إن ضربه بلطمة أو سوط أوما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد إتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقأ عينه ، فالذى عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه ، وفيه الدية مغلظة فى ماله وهى رواية العراقيين عن مالك ، والمشهور فى المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا فى الأب مع ابنه ؛ وذهب أبوحنيفة وأبويوسف ومحمد إلى أن شبه العمد إنما هو فى النفس لافى الجرح . وأما إن جرحه فأتلف عضوا على وجه اللعب ففيه قولان : أحدهما وجوب القصاص ، والثانى نفيه . وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قبل الدية مغلظة ، وقيل دية الخطأ ، أعنى فيما فيه دية ، وكذلك إذا كان على وجه الأدب ففيه الخلاف . وأما ما يجب فى جراح العمد إذا وقعت على الشروط التى ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى ــ والجروح قصاص ــ وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها ، وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس ، وإنما صاروا لهذا لما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود فى المأمومة والمنقلة والجائفة » فرأى مالك ومن قال بقوله أن هذا حكم ما كان فى معنى هذه من الجراح التى هى متالف ، مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك . وقد اختلف قول مالك فى المنقلة ، فمرة قال بالقصاص ، ومرة قال بالدية ؛ وكذلك الأمر عند مالك فيما لايمكن فيه التساوى فى القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ، ويمنع القصاص أيضا عند مالك عدم المثل

مثل أن يفقأ أعمى عين بصير . واختلفوا من هذا فى الأعور يفقأ عين الصحيح عمدا ، فقال الجمهور : إن أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود ، واختلفوا إذا عفا عن القود ، فقال قوم : إن أحب فله الدية كاملة ألف دينار ، وهو مذهب مالك ، وقيل ليس له إلا نصف الدية ، وبه قال الشافعى ، وهو أيضا منقول عن مالك ، وبقول الشافعى قال ابن القاسم ، وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذى فقئت عينه إلا القود أو ما اصطلحا عليه ؛ وقد قيل لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة ، روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان . وعمدة صاحب هذا القول أن عين الأعور بمنزلة عينين ، فمن فقأها فى واحدة فكأنه اقتص من اثنين فى واحدة ، وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه إذا ترك القود أن له دية كاملة ، ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ؛ ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لأصله ، فتأمله فإنه بين بنفسه والله أعلم : وأما هل المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية ، أم ليس له إلا القصاص فقط إلا أن يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين فى القتل ، وكذلك أحد قولى مالك فى الأعور يفقأ عين الصحيح : أن الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الأعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف فى ذلك .

وأما متى يستقاد من الجرح ؟ فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح إلا بعد اندماله ، وعند الشافعى على الفور ؛ فالشافعى تمسك بالظاهر ، ومالك رأى أن يعتبر ما يئول إليه أمر الجرح مخافة أن يفضى إلى إتلاف النفس . واختلف العلماء فى المقتص من الجرح يموت المقتص من ذلك الجرح ، فقال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد لا شىء على المقتص ، وروى عن على وعمر مثل ذلك ، وبه قال أحمد وأبو ثور وداود ؛ وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة : إذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية ؛ وقال بعضهم : هى فى ماله . وقال عثمان البتى : يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التى اقتص منها ، وهو قول ابن مسعود . فعمدة الفريق الأول إجماعهم على أن السارق إذا مات من قطع يده أنه لا شىء على الذى قطع يده . وعمدة أبى حنيفة أنه قتل خطأ وجبت فيه الدية ؛ ولا يقاد عند مالك فى الحر الشديد ولا البرد الشديد ، ويؤخر

ذلك مخافة أن يموت المقاد منه ؛ وقد قيل إن المكان شرط فى جواز القصاص وهو غير الحرم ، فهذا هو حكم العمد فى الجنايات على النفس وفى الجنايات على أعضاء البدن ، وينبغى أن نصير إلى حكم الخطأ فى ذلك ، ونبتدئ بحكم الخطأ فى النفس .

كتاب الديات فى النفوس

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى ـ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ـ والديات تختلف فى الشريعة بحسب اختلاف الدماء ، وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية ، وأيضا تختلف بحسب العمد إذا رضى بها إما الفريقان ، وإما من له القود على ماتقدم من الاختلاف . والنظر فى الدية هو فى موجبها ، أعنى فى أى قتل تجب ، ثم فى نوعها وفى قدرها ، وفى الوقت الذى تجب فيه ، وعلى من تجب . فأما فى أى قتل تجب ، فإنهم اتفقوا على أنها تجب فى قتل الخطأ وفى العمد الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبى ، وفى العمد الذى تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل ، مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ . ومنه ما اختلفوا فيه ، وقد تقدم صدر من ذلك ، وسيأتى بعد ذلك اختلافهم فى تضمين الراكب والسائق والقائد .

وأما قدرها ونوعها ، فإنهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الإبل مائة من الإبل ، وهى فى مذهب مالك ثلاث ديات : دية الخطأ ، ودية العمد إذا قبلت ، ودية شبه العمد . وهى عند مالك فى الأشهر عنه مثل فعل المدلجى بابنه . وأما الشافعى فالدية عنه اثنان فقط : مخففة ومغلظة . فالمخففة دية الخطأ ، والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد . وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضا : دية الخطأ ، ودية شبه العمد ، وليس عنده دية فى العمد ، وإنما الواجب عنده فى العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل ، وهو معنى قول مالك المشهور ، لأنه إذا لم تلزمه الدية عنده إلا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية إلا ماروى عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ، ودية العمد عنده أرباع : خمس وعشرون بنت

مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وهو قول ابن شهاب وربيعة ، والدية المغلظة عنده أثلاثا : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة وهي الحوامل ، ولا تكون المغلظة عنده في المشهور إلا في مثل فعل المدلجي بابنه ؛ وعند الشافعي أنها تكون في شبه العمد أثلاثا أيضا ، وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد بن ثابت ؛ وقال أبو ثور : الدية في العمد إذا عفا ولي الدم أخماسا كدية الخطأ . واختلفوا في أسنان الإبل في دية الخطأ ، فقال مالك والشافعي : هي أخماس : عشرون ابنة مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكرا ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهو مروى عن ابن شهاب وربيعة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، أعني التخميس ، إلا أنهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكرا ، وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا ؛ وروى عن سيدنا علي أنه جعلها أرباعا ، أسقط منها الخمس والعشرين بني لبون . وإليه ذهب عمر بن عبد العزيز ، ولا حديث في ذلك مسند ، فدل على الإباحة - والله أعلم - كما قال أبو عمر بن عبد البر . وخرّج البخاري والترمذي عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « في دِيَةِ الخَطأ عِشْرُونَ بِنْتَ مَخاض وَعِشْرُونَ ابْنَ مَخاضٍ ذُكُورٍ وَعِشْرُونَ بَنَاتِ لَبُونٍ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً وَعِشْرُونَ حِقَّةً » واعتل لهذا الحديث أبو عمر بأنه روى عن حنيف ابن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال : وأحب إلى في ذلك الرواية عن علي ، لأنه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود . وخرّج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن من قتل خطأ فديته مائة من الإبل : ثلاثون بنت مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشرة بني لبون ذكر » قال أبو سليمان الخطابي هذا الحديث لا أعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء إن دية الخطأ أخماس ، وإن كانوا اختلفوا في الأصناف ؛ وقد روى أن دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري ، وهؤلاء جعلوها : خمسا وعشرين جذعة ، وخمسا وعشرين حقة ، وخمسا وعشرين بنات لبون ، وخمسا وعشرين بنات مخاض ، كما روى عن علي وخرجه

أبو داود ، وإنما صار الجمهور إلى تخميس دية الخطأ : عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنى مخاض ذكر ، وإن كان لم يتفقوا على بنى المخاض لأنها لم تذكر فى أسنان فيها ، وقياس من أخذ بحديث التخميس فى الخطأ وحديث التربيع فى شبه العمد إن ثبت هذا . النوع الثالث أن يقول فى دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعي ، ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه . فهذا هو مشهور أقاويلهم فى الدية التى تكون من الإبل على أهل الإبل . وأما أهل الذهب والورق فإنهم اختلفوا أيضا فيما يجب من ذلك عليهم ؛ فقال مالك : على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم ؛ وقال أهل العراق : على أهل الورق عشرة آلاف درهم ؛ وقال الشافعى بمصر : لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، وقوله بالعراق مثل قول مالك . وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الإبل على أهل الذهب بألف دينار ، وعلى أهل الورق باثنى عشر ألف درهم . وعمدة الحنفية ما رووا أيضا عن عمر أنه قوّم الدينار بعشرة دراهم ، وإجماعهم على تقويم المثقال بها فى الزكاة . وأما الشافعى فيقول : إن الأصل فى الدية إنما هو مائة بعير ، وعمر إنما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب ، واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق ، لأن ذلك كان قيمة الإبل من الذهب والورق فى زمانه ، والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين . قال : فكان ذلك حتى استخلف عمر ، فقام خطيبا فقال : إن الإبل قد غلت ، ففرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة ، وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئا . واحتج بعض الناس لمالك لأنه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين ، لإجماعهم أن الدية فى الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ؛ ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ إلا من الإبل أو الذهب أو الورق . وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء

السبعة المدنيون : يوضع على أهل الشاة ألفاشاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائتا حلة ، وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم ، وما أسنده أبو بكر بن أبى شيبة عن عطاء « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس فى أموالهم ما كانت على أهل الإبل مائة بعير ، وعلى أهل الشاة ألفا شاة ، وعلى أهل البقر ما ئتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائتا حلة » وماروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير . قال : فإن كان الذى أصابه من الأعراب فديته من الإبل لايكلف الأعرابى الذهب ولا الورق ، فإن لم يجد الأعرابى مائة من الإبل فعدلها من الشاة ألف شاة . ولأن أهل العراق أيضا رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نصا . وعمدة الفريق الأول أنه لوجاز أن تقوّم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام ، وبالخيل على أهل الخيل ، وهذا لايقول به أحد . والنظر فى الدية كما قلت هو فى نوعها ، وفى مقدارها ، وعلى من تجب ، وفيما تجب ، ومتى تجب ؟ . أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه فى الذكور الأحرار المسلمين . وأما على من تجب ؟ فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى - ولاتَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ومن قوله عليه الصلاة والسلام لأبى رمثة لولده « لا يَجْنِى عَلَيْكَ ولا تَجْنِى عَلَيْهِ » . وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولامخالف له من الصحابة أنه قال : لاتحمل العاقلة عمدا ولا اعترافا ولاصلحا فى عمد ، وجمهورهم على أنها لاتحمل من أصاب نفسه خطأ ؛ وشذ الأوزاعى فقال : من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية ، وكذلك عندهم فى قطع الأعضاء : وروى عن عمر أن رجلا فقأ عين نفسه خطأ ، فقضى له عمر بديتها على عاقلته . واختلفوا فى دية شبه العمد ، وفى الدية المغلظة على قولين : . واختلفوا فى دية ما جناه المجنون والصبى على من تجب ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة إنه كله يحمل على العاقلة ؛ وقال الشافعى عمد الصبى فى ماله : وسبب اختلافهم تردد فعل الصبى بين العامد والمخطئ ؛

فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية فى ماله ؛ ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة ، وكذلك اختلفوا إذا اشترك فى القتل عامد وصبى ، والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبى الدية اختلفوا على من تكون ؟ فقال الشافعى : على أصله فى مال الصبى ؛ وقال مالك : على العاقلة ؛ وأما أبو حنيفة فيرى أن لاقصاص بينهما . وأما متى تجب ؟ فإنهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة فى ثلاث سنين ، وأما دية العمد فحالة إلا أن يصطلحا على التأجيل . وأما من هم العاقلة ، فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هى القرابة من قبل الأب ، وهم العصبة دون أهل الديوان ، وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم إذا عجزت عنه العصبة ، إلا داود فإنه لم ير الموالى عصبة ، وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك ؛ وقال الشافعى : على الغنى دينار وعلى الفقير نصف دينار ، وهى عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قربهم ، فالأقرب من بنى أبيه ، ثم من بنى جده ، ثم من بنى بنى أبيه ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من أهل ديوان . وعمدة أهل الحجاز أنه تعاقل الناس فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى زمان أبى بكر ولم يكن هناك ديوان ؛ وإنما كان الديوان فى زمن عمر بن الخطاب . واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاحِلْفَ فى الإسْلام ، وأيُّمَا حِلْفٍ كانَ فى الجاهِلِيَّةِ فَلا يَزِيدُهُ الإسْلامُ إلاَّ قُوَّةً » . وبالجملة فتمسكوا فى ذلك بنحو تمسكهم فى وجوب الولاء للحلفاء . واختلفوا فى جناية من لاعصبة له ولا موالى وهم السائبة إذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا ؟ ، وإن كان فعلى من يكون ؟ فقال من لم يجعل لهم موالى : ليس على السائبة عقل ، وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى ، وهو داود وأصحابه . وقال : من جعل ولاءه لمن أعتقه عليه عقله ، وقال : من جعل ولاءه للمسلمين عقله فى بيت المال ، ومن قال إن للسائبة أن يوالى من شاء جعل عقله لمن ولاه ، وكل هذه الأقاويل قد حكيت عن السلف . والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه ، والمؤثر فى نقصان الدية هى الأنوثة والكفر والعبودية : أما دية المرأة فإنهم اتفقوا على أنها على

النصف من دية الرجل فى النفس فقط . واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ماسيأتى القول فيه فى ديات الجروح والأعضاء . وأما دية أهل الذمة إذا قتلوا خطأ ، فإن للعلماء فى ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ، ونساؤهم على النصف من نسائهم ، وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز ، وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين . والقول الثانى أن ديتهم ثلث دية المسلم ، وبه قال الشافعى ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان ابن عفان ، وقال به جماعة من التابعين . والقول الثالث : أن ديتهم مثل دية المسلمين ، وبه قال أبو حنيفة والثورى وجماعة ، وهو مروى عن ابن مسعود ، وقد روى عن عمر وعثمان ، وقال به جماعة من التابعين . فعمدة الفريق الأول ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « دِيَةُ الكافِرِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ المُسْلِمِ » وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى ـ وإنْ كانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثاق فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أهْلِهِ وتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ـ . ومن السنة ما رواه معمر عن الزهرى قال : دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم ـ قال : وكانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية ، فجعل فى بيت المال نصفها ، وأعطى أهل المقتول نصفها ، ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وألغى الذى جعله معاوية فى بيت المال ، قال الزهرى : فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل الذمة . وأما إذا قتل العبد خطأ أو عمدا على من لا يرى القصاص فيه ، فقال قوم : عليه قيمته بالغة مابلغت وإن زادت على دية الحر ، وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف ، وهو قول سعيد ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز . وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يتجاوز بقيمة العبد الدية ؛ وقالت طائفة من فقهاء الكوفة : فيه الدية ، ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئا . وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص ، فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر . وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه

مكلف ناقص ، فوجب أن يكون الحكم ناقصا عن الحر لكن واحدا بالنوع أصله الحد فى الزنى والقذف والخمر والطلاق ، ولو قيل فيه إنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه : أعنى فى دية الخطأ ، لكن لم يقل به أحد . وعمدة مالك أنه مال قد أتلف فوجب فيه القيمة ، أصله سائر الأموال . واختلف فى الواجب فى العبد على من يجب ؟ فقال أبو حنيفة : هو على عاقلة القاتل ، وهو الأشهر عن الشافعى ؛ وقال مالك : هو على القاتل نفسه : وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض . وعمدة الشافعى قياسه على الحر .

ومما يدخل فى هذا الباب من أنواع الخطأ دية الجنين ، وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمدا محضا ، وإنما هو عمد فى أمه خطأ فيه . والنظر فى هذا الباب هو أيضا فى الواجب فى ضروب الأجنة وفى صفة الجنين الذى يجب فيه الواجب ، وعلى من تجب ، ولمن يجب ، وفى شروط الوجوب . فأما الأجنة فإنهم اتفقوا على أن الواجب فى جنين الحرة وجنين الأمة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبى هريرة وغيره « أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها ، فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة » واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة فى ذلك عند من رأى أن الغرة فى ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هى نصف عشر دية أمه ؛ إلا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هى عشرة آلاف درهم قال : دية الجنين خمسمائة درهم ؛ ومن رأى أنها اثناعشر ألف درهم قال : ستمائة درهم ؛ والذين لم يحدوا فى ذلك حدا أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا إخراج قيمتها عنها قالوا : الواجب فى ذلك قيمة الغرة بالغة مابلغت ؛ وقال داود وأهل الظاهر : كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ، ولا يجزئ عنده القيمة فى ذلك فيما أحسب . واختلفوا فى الواجب فى جنين الأمة وفى جنين الكتابية ؛ فذهب مالك والشافعى إلى أن فى جنين الأمة عشر قيمة أمه ذكرا كان أو أنثى يوم يجنى عليه ؛ وفرق قوم بين الذكر والأنثى ، فقال قوم : إن كان أنثى فيه عشر قيمة أمه ، وإن كان ذكرا فعشر قيمته لو كان حيا ، وبه قال أبو حنيفة ، ولا خلاف عندهم أن جنين الأمة إذا سقط حيا أن فيه قيمته ؛ وقال أبو يوسف : فى جنين الأمة إذا سقط ميتا منها ما نقص

من قيمة أمه . وأما جنين الذمية ، فقال مالك والشافعي وأبوحنيفة : فيه عشر دية أمه ، لكن أبوحنيفة على أصله فى أن دية الذمى دية المسلم ، والشافعى على أصله فى أن دية الذمى ثلث دية المسلم ، ومالك على أصله فى أن دية الذمى نصف دية المسلم . وأما صفة الجنين الذى تجب فيه فإنهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتا ولا تموت أمه من الضرب . واختلفوا إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا ، فقال الشافعى ومالك : لاشىء فيه ؛ وقال أشهب : فيه الغرة ، وبه قال الليث وربيعة والزهرى . واختلفوا من هذا الباب فى فروع ، وهى العلامة التى تدل على سقوطه حيا أو ميتا . فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأكثر الفقهاء : كل ما علمت به الحياة فى العادة من حركة أوعطاس أو تنفس فأحكامه أحكام الحى ، وهو الأظهر . واختلفوا من هذا الباب فى الخلقة التى توجب الغرة ، فقال مالك : كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة ؛ وقال الشافعى : لاشىء فيه حتى تستبين الخلقة . والأجود أن يعتبر نفخ الروح فيه ، أعنى أن يكون تجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه . وأما على من تجب ؟ فإنهم اختلفوا فى ذلك ؛ فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حىّ والحسن البصرى : هي فى مال الجاني ؛ وقال آخرون : هى على العاقلة ، وممن قال بذلك الشافعى وأبوحنيفة والثورى وجماعة . وعمدتهم أنها جناية خطأ فوجبت على العاقلة ؛ وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله « أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها » . وأما مالك فشبهها بدية العمد إذا كان الضرب عمدا . وأما لمن تجب ؟ فقال مالك والشافعى وأبوحنيفة : هي لورثة الجنين ، وحكمها حكم الدية فى أنها موروثة ؛ وقال ربيعة والليث : هى للأم خاصة ، وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ، ومن الواجب الذى اختلفوا فيه فى الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة ، فذهب الشافعى إلى أن فيه الكفارة واجبة ؛ وذهب أبوحنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها : فأما الشافعى فإنه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة فى العمد والخطأ . وأما أبوحنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد ،

والكفارة لاتجب عنده فى العمد . وأما مالك فلما كانت الكفارة لاتجب عنده فى العمد وتجب فى الخطأ ، وكان هذا مترددا عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها . ومن أنواع الخطأ المختلف فيه ، اختلافهم فى تضمين الراكب والسائق والقائد ؛ فقال الجمهور : هم ضامنون لما أصابت الدابة ، واحتجوا فى ذلك بقضاء عمر على الذى أجرى فرسه فوطئ آخر بالعقل . وقال أهل الظاهر : لاضمان على أحد فى جرح العجماء ، واعتمدوا الأثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبى هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام « جُرْحُ العَجْمَاءِ جُبَارٌ ، وَالْبِئْرُ جُبَارٌ ، والمَعْدِنُ جُبَارٌ ، وفى الرِّكازِ الخُمُسُ » فحمل الجمهور الحديث على أنه إذا لم يكن بالدابة راكب ولا سائق ولا قائد ، لأنهم رأوا أنه إذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أو لها قائد أو سائق ، فإن الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ . واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها ، فقال مالك لاشىء فيه إن لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئا يبعثها به على أن ترمح برجلها ؛ وقال الشافعى : يضمن الراكب ما أصابت بيدها أو برجلها ، وبه قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى ، وسويا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها ، وبه قال أبوحنيفة ، إلا أنه استثنى الرمحة بالرجل أو بالذنب ، وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم « الرِّجل جُبار » ولم يصح هذا الحديث عند الشافعى ورده . وأقاويل العلماء فيمن حفر بئرا فوقع فيه إنسان متقاربة ؛ قال مالك : إن حفر فى موضع جرت العادة الحفر فى مثله لم يضمن وإن تعدى فى الحفر ضمن ؛ وقال الليث : إن حفر فى أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيما لايملك ضمن ، فمن ضمن عنده فهو من نوع الخطأ . وكذلك اختلفوا فى الدابة الموقوفة ، فقال بعضهم : إن أوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن ، وإن لم يفعل ضمن ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبوحنيفة : يضمن على كل حال ، وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه ، كما لايبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وإن كان الركوب مباحا . واختلفوا فى الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما ؛ فقال مالك وأبو حنيفة

وجماعة : على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة ؛ وقال الشافعي وعثمان البتي : على كل واحد منهما نصف دية صاحبه ، لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه . وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ، مثل أن يقطع الحشفة فى الختان ، وما أشبه ذلك ، لأنه فى معنى الجانى خطأ ؛ وعن مالك رواية : أنه ليس عليه شيء ، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد ، وقد ورد فى ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ تَطَبَّبَ وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ قَبْلَ ذلكَ الطِّبُّ فَهُوَ ضَامِنٌ » والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ، ومن أهل العلم من جعله فى مال الطبيب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنها فى ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب . ولا خلاف بينهم أن الكفارة التى نص الله عليها فى قتل الحر خطأ واجبة . واختلفوا فى قتل العمد هل فيه كفارة ؟ وفى قتل العبد خطأ ، فأوجبها مالك فى قتل الحر فقط فى الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعى فى العمد من طريق الأولى والأحرى ؛ وعند مالك أن العمد فى هذا حكمه حكم الخطأ . واختلفوا فى تغليظ الدية فى الشهر الحرام وفى البلد الحرام ؛ فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبى ليلى : لاتغلظ الدية فيهما ؛ وقال الشافعى : تغلظ فيهما فى النفس وفى الجراح . وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم أنه يزاد فيها مثل ثلثها ، وروى ذلك عن عمر ، وكذلك عند الشافعى من قتل ذا رحم محرم . وعمدة مالك وأبى حنيفة عموم الظاهر فى توقيت الديات ، فمن ادعى فى ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع أنهم قد أجمعوا على أنه لاتغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما . وعمدة الشافعى أن ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس ، وإذا روى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ، ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع ، وللفريق الثانى أن يقول إنه قد ينقدح فى ذلك قياس لما ثبت فى الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه ،

كتاب الديات فيما دون النفس

والأشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء ، فلنبدأ بالقول في الشجاج . والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب ، وعلى من تجب ؟ ومتى تجب ؟ ولمن تجب ؟ فأما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الأعضاء ، والشجاج عشرة في اللغة والفقه : أولها الدامية وهي التي تدمي الجلد ، ثم الخارصة وهي التي تشق الجلد ، ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم : أي تشقه ، ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ، ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها : الملطاء بالمد والقصر ، ثم الموضحة وهي التي توضح العظم : أي تكشفه ، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ، ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ، ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ، ثم الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف ، وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن ، واسم الجرح يختص بما وقع في البدن ، فهذه أسماء هذه الشجاج . فأما أحكامها أعني الواجب فيها ، فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة وما دون الموضحة خطأ . واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل ، وإنما فيها حكومة ، قال بعضهم : أجرة الطبيب ، إلا ما روى عن عمر وعثمان أنهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة ، وروى عن علي أنه قضى فيها بأربع من الإبل ، وروى عن زيد بن ثابت أنه قال : في الدامية بعير ، وفي الباضعة بعيران ، وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة ، والجمهور من فقهاء الأمصار على ما ذكرنا ؛ وذلك أن الأصل في الجراح الحكومة إلا ما وقتت فيه السنة حدا ؛ ومالك يعتبر في إلزام الحكومة فيما دون الموضحة أن تبرأ على شين ، والغير من فقهاء الأمصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هي أحكام ما دون الموضحة . فأما الموضحة فجميع الفقهاء على أن فيها إذا كانت خطأ خمسا من الإبل ، وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه لعمرو بن حزم ، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « فى المُوضِحةِ خَمْسٌ » يعنى من الإبل ؛ واختلف العلماء فى موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا ، أعنى على وجوب القصاص فى العمد ووجوب الدية فى الخطأ منها ، فقال مالك : لاتكون الموضحة إلا فى جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الأعلى ، ولا تكون فى اللحى الأسفل لأنه فى حكم العنق ولا فى الأنف ؛ وأما الشافعى وأبو حنيفة فالموضحة عندهما فى جميع الوجه والرأس ؛ والجمهور على أنها لاتكون فى الجسد وقال الليث وطائفة : تكون الموضحة فى الجنب ؛ وقال الأوزاعى : إذا كانت فى الجسد كانت على النصف من ديتها فى الوجه والرأس . وروى عن عمر أنه قال : فى موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو . وغلظ بعض العلماء فى موضحة الوجه تبرأ على شين ، فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها ، وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار ، واضطرب قول مالك فى ذلك ، فمرة قال بقول سليمان بن يسار ، ومرة قال : لايزاد فيها على عقلها شىء ، وبه قال الجمهور ؛ وقد قيل عن مالك إنه قال : إذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ، ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته أن لو كان عبدا . وأما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت ، ولا مخالف له من الصحابة ؛ وقال بعض العلماء : الهاشمة هى المنقلة وشذ . وأما المنقلة فلا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت خطأ ، فأما إذا كانت عمدا ، فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمكان الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المأمومة . وأما الهاشمة فى العمد ، فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود . ومن أجاز القود من المنقلة كان أحرى أن يجيز ذلك من الهاشمة . وأما المأمومة فلا خلاف أنه لايقاد منها وأن فيها ثلث الدية إلا ما حكى عن ابن الزبير . وأما الجائفة فاتفقوا على أنها من جراح الجسد لامن جراح الرأس وأنها لايقاد منها وأن فيها ثلث الدية وأنها جائفة متى وقعت فى الظهر والبطن . واختلفوا إذا وقعت فى غير ذلك من الأعضاء فنفذت إلى تجويفه ، فحكى مالك عن سعيد بن المسيب أن فى كل جراحة نافذة إلى تجويف عضو من الأعضاء — أىّ عضو كان — ثلث دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب أنه كان لايرى ذلك وهو الذى اختاره مالك

لأن القياس عنده فى هذا لايسوغ ، وإنما سنده فى ذلك الاجتهاد من غير توقيف وأما سعيد فإنه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر فى موضحة الجسد . وأما الجراحات التى تقع فى سائر الجسد فليس فى الخطأ منها إلا الحكومة .

القول فى ديات الأعضاء

والأصل فيما فيه من الأعضاء إذا قطع خطأ مال محدود ، وهو الذى يسمى دية ، وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه أن فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فى العقول « إنَّ فى النَّفْسِ مائةً مِنَ الإبِلِ ، وفى الأنْفِ إذَا اسْتُوْعِبَ جَدْعاً مائةٌ مِنَ الإبِلِ ، وفى المأْمُومَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ ، وفى الجائِفَةِ مِثْلُها وفى العَيْنِ خَمْسونَ ، وفى اليَدِ خَمْسونَ ، وفى الرِّجْلِ خَمْسُونَ ، وفى كُلِّ أُصْبُعٍ مِمَّا هُنالِكَ عَشْرٌ مِنَ الإبِلِ ، وفى السِّنِّ والمُوضِحَةِ خَمْسٌ » وكل هذا مجمع عليه إلا السن والإبهام ، فإنهم اختلفوا فيها على ماسنذكره ، ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر ههنا قياسا على ماذكر فنقول : إن العلماء أجمعوا على أن فى الشفتين الدية كاملة ، والجمهور على أن فى كل واحدة منهما نصف الدية ؛ وروى عن قوم من التابعين أن فى السفلى ثلثى الدية لأنها تحبس الطعام والشراب ، وبالجملة فإن حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا ، وهو مذهب زيد بن ثابت . وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن فى كل زوج من الإنسان الدية ما خلا الحاجبين وثديى الرجل . واختلفوا فى الأذنين متى تكون فيهما الدية ؟ فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى والليث : إذا اصطلمتا كان فيهما الدية ، ولم يشترطوا إذهاب السمع ، بل جعلوا فى ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالمشهور عنده أنه لاتجب فى الأذنين الدية إلا إذا ذهب سمعهما ، فإن لم يذهب ففيه حكومة . وروى عن أبى بكر أنه قضى فى الأذنين بخمس عشرة من الإبل ، وقال : إنهما لايضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة . وروى عن عمر وعلى وزيد أنهم قضوا فى الأذن إذا اصطلمت بنصف الدية . وأما الجمهور

من العلماء فلا خلاف عندهم أن فى ذهاب السمع الدية . وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعى حكومة ؛ وقال أبو حنيفة : فيهما الدية ، وكذلك فى أشفار العين ؛ وليس عند مالك فى ذلك إلا حكومة . وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود أنه قال : فى كل اثنين من الإنسان الدية وتشبيهها بما أجمعوا عليه من الأعضاء المثناة . وعمدة مالك أنه لامجال فيه للقياس وإنما طريقه التوقيف ، فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالأصل أن فيه حكومة ، وأيضا فإن الحواجب ليست أعضاء لها منفعة ولا فعل بين ، أعنى ضروريا فى الخلقة . وأما الأجفان فقيل فى كل جفن منها ربع الدية ، وبه قال الشافعى والكوفى ، لأنه لابقاء للعين دون الأجفان ، وفى الجفنين الأسفلين عند غيرهما الثلث وفى الأعليين الثلثان . وأجمعوا على أن من أصيب من أطرافه أكثر من ديته أن له ذلك ، مثل أن تصاب عيناه وأنفه فله ديتان . وأما الأنثيان فأجمعوا أيضا على أن فيهما الدية ، وقال جميعهم : إن فى كل واحدة منهما نصف الدية ، إلا ما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : فى البيضة اليسرى ثلثا الدية لأن الوالد يكون منها وفى اليمنى ثلث الدية ، فهذه مسائل الأعضاء المزدوجة . وأما المفردة فإن جمهورهم على أن فى اللسان خطأ الدية ، وذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وذلك إذا قطع كله أو قطع منه ما يمنع الكلام ، فإن لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة . واختلفوا فى القصاص فيه عمدا ؛ فمنهم من لم ير فيه قصاصا وأوجب الدية ، وهم مالك والشافعى والكوفى ؛ لكن الشافعى يرى الدية فى مال الجانى ، والكوفى ومالك على العاقلة ؛ وقال الليث وغيره : فى اللسان عمدا القصاص . وأما الأنف فأجمعوا على أنه إذا أوعب جدعا على أن فيه الدية على ما فى الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم أو لم يذهب ، وعنده أنه إذا ذهب أحدهما ففيه الدية ، وفى ذهاب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة . وأجمعوا على أن فى الذكر الصحيح الذى يكون به الوطء الدية كاملة . واختلفوا فى ذكر العنين والخصى ، كما اختلفوا فى لسان الأخرس وفى اليد الشلاء ؛ فمنهم من جعل فيها الدية ؛ ومنهم من جعل فيها حكومة ؛ ومنهم من قال : فى ذكر الخصى والعنين ثلث الدية ؛ والذى عليه الجمهور أن فيه حكومة . وأقل ما تجب

فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ؛ ثم فى باقى الذكر حكومة وأما عين الأعور فللعلماء فيه قولان أحدهما أن فيه الدية كاملة ، وإليه ذهب مالك وجماعة من أهل المدينة ، وبه قال الليث ، وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى : فيها نصف الدية كما فى عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين . وعمده الفريق الأول أن العين الواحدة للأعور بمنزلة العينين جميعا لغير الأعور . وعمدة الفريق الثانى حديث عمرو ابن حزم : أعنى عموم قوله « وفى العين نصف الدّية » ،وقياسا أيضا على إجماعهم أنه ليس على من قطع يد من له يد واحدة إلا نصف الدية . فسبب اختلافهم فى هذا معارضة العموم للقياس ، ومعارضة القياس للقياس ومن أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فأذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن على رضى الله عنه أنه أمر بالذى أصيب بصره بأن عصبت عينه الصحيحة ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى لم يبصرها ، فخط عند أول ذلك خطا فى الأرض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه ، فخط أيضا عند أول ما خفيت عنه فى الأرض خطاً، ثم علم ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فأعطاه قدر ذلك من الدية . ويختبر صدقه فى مسافة إدراك العين العليلة والصحيحة بأن يختبر ذلك منه مراراً شتى فى مواضع مختلفة ، فإن خرجت مسافة تلك المواضع التى ذكر واحدة علمنا أنه صادق . واختلف العلماء فى الجناية على العين القائمة الشكل التى ذهب بصرها ؛ فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة : فيها حكومة ؛ وقال زيد بن ثابت : فيها عشر الدية مائة دينار ؛ وحمل ذلك الشافعى على أنه كان ذلك من زيد تقويما لاتقويتا . وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا فى العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء فى كل واحدة منها ثلث الدية . وقال مالك : تتم دية السن باسودادها ثم فى قلعها بعد اسودادها دية . واختلف العلماء فى الأعور يفقا عين الصحيح عمداً ؛ فقال الجمهور فله القود ، وإن عفا فله الدية ، قال قوم : كاملة ؛ وقال قوم :

نصفها ، وبه قال الشافعي وابن القاسم ، وبكلا القولين قال مالك ، وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذى فقئت عينه إلا القود أو ما اصطلحوا عليه : وعمدة من رأى جميع الدية عليه إذا عفا عن القود أنه يجب عليه دية ما ترك له وهى العين العوراء ، وهى دية كاملة عند كثير من أهل العلم . ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الأعور إذا فقئت وجب فيها ألف دينار ، لأنها فى حقه فى معنى العينين كلتيهما إلا العين الواحدة ، فإذا تركها له وجبت عليه ديتها : وعمدة أولئك البقاء على الأصل ، أعنى أن فى العين الواحدة نصف الدية : وعمدة أبى حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة ، وهذه المسئلة قد ذكرت فى باب القود فى الجراح . وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى : مالك وأبو حنيفة والشافعي والثورى وغيرهم : إن فى كل أصبع عشراً من الإبل وإن الأصابع فى ذلك سواء وإن فى كل أنملة ثلث العشر إلا ماله من الأصابع أنملتان كالإبهام ؛ ففى أنملته خمس من الإبل ، وعمدتهم فى ذلك ماجاء فى حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قال وفى كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل » وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى الأصابع بعشر العشر» وهو قول على وابن مسعود وابن عباس وهى عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم فى الدية من الورق ، فهى عند من يرى أنها اثنا عشر ألف درهم عشرها ، وعند من يرى أنها عشرة آلاف عشرها : وروى عن السلف المتقدم اختلاف فى عقل الأصابع ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى الإبهام والتى تليها بعقل نصف الدية ، وفى الوسطى بعشر فرائض ، وفى التى تليها بتسع ، وفى الخنصر بست : وروى عن مجاهد أنه قال فى الإبهام خمسة عشر من الإبل ، وفى التى تليها عشر ، وفى الوسطى عشر ، وفى التى تليها ثمان ، وفى الخنصر سبع وأما الترقوة والضلع ، ففيهما عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة ، وروى عن بعض السلف فيها توقيت . وروى عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى فى الضرس بجمل ، والضلع بجمل ، وفى الترقوة بجمل . وقال سعيد بن جبير فى الترقوة بعيران . وقال قتادة : أربعة أبعرة . وعمدة فقهاء الأمصار أنه

ما لم يثبت فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه إلا حكومة . وجمهور فقهاء الأمصار على أن فى كل سن من أسنان الفم خمسا من الإبل ، وبه قال ابن عباس . وروى مالك عن عمر أنه قضى فى الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها فى مقدم الفم . وأما التى فى مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسا من الإبل. وقال سعيد بن المسيب : فى الأضراس بعيران . وروى عن عبد الملك بن مروان أن مروان بن الحكم اعترض فى ذلك على ابن عباس فقال : أتجعل مقدم الأسنان مثل الأضراس ؟ فقال ابن عباس : لو لم يعتبر ذلك إلا بالأصابع عقلها سواء ، عمدة الجمهور فى مثل ذلك ماثبت عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « فى السنّ خَمْس » وذلك من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، واسم السن ينطلق على التى فى مقدم الفم ومؤخره ، وتشبيهها أيضا بالأصابع التى استوت ديتها وإن اختلفت منافعها . وعمدة من خالف بينهما أن الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الأعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار إلى ذلك من الصدر الأول إنما صار إليه عن توقيف ، وجميع هذه الأعضاء التى تثبت الدية فيها خطأ فيها القود فى قطع ما قطع وقلع ما قلع . واختلفوا فى كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا ؟ فذهب مالك وأصحابه إلى أن القود فى كسر جميع العظام إلا الفخذ والصلب ، وقال الشافعى والليث : لاقصاص فى عظم من العظام يكسر ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه استثنى السن . وروى عن ابن عباس أنه لاقصاص فى عظم ، وكذلك عن عمر . قال أبو عمر بن عبد البر : ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أقاد فى السن المكسورة من حديث أنس قال : وقد روى من حديث آخر أن النبى عليه الصلاة والسلام لم يقدر من العظم المقطوع فى غير المفصل إلا أنه ليس بالقوى . وروى عن مالك أن أبابكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ . واتفقوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل فى النفس . واختلفوا فى ديات الشجاج وأعضائها ؛ فقال جمهور فقهاء المدينة : تساوى المرأة الرجل فى عقلها من الشجاج والأعضاء إلى أن تبلغ ثلث الدية ، فإذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها إلى النصف من دية الرجل ، أعنى دية أعضائها من أعضائه ، مثال ذلك أن فى كل أصبع من أصابعها عشرا من الإبل ، وفى اثنين منها عشرون ، وفى ثلاثة ثلاثون ،

وفى أربعة عشرون ، وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعد ، ورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير ، وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز ؛ وقالت طائفة : بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل إلى الموضحة ، ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الأشهر من قولى ابن مسعود ، وهو مروى عن عثمان ، وبه قال شريح وجماعة ؛ وقال قوم : بل دية المرأة فى جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل فى قليل ذلك وكثيره ، وهو قول على رضى الله عنه ، وروى ذلك عن ابن مسعود ، إلا أن الأشهر عنه ما ذكرناه أولا ، وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعى والثورى . وعمدة قائل هذا القول أن الأصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الأصل حتى يأتى دليل من السماع الثابت ، إذ القياس فى الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتى ذكره عنه ، ولا اعتماد للطائفة الأولى إلا مراسيل ، وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبى عبد الرحمن كم فى أربع من أصابعها ؟ قال عشرون ، قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها ، قال : أعراقى أنت ؟ قلت بل عالم متثبت أو جاهل متعلم ، قال : هى السنة . وروى أيضا عن النبى عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو ابن شعيب عن أبيه وعكرمة . وقد رأى قوم أن قول الصحابى إذا خالف القياس وجب العمل به ، لأنه يعلم أنه لم يترك القول به إلا عن توقيف ، لكن فى هذا ضعف إذ كان يمكن أن يترك القول به إما لأنه لا يرى القياس ، وإما لأنه عارضه فى ذلك قياس ثان أو قلد فى ذلك غيره . فهذه حال ديات جراح الأحرار والجنايات على أعضائها الذكور منها والإناث . وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم ، فإن العلماء اختلفوا فيها على قولين : فمنهم من رأى أن فى جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ؛ ومنهم من رأى أن الواجب فى ذلك من قيمته قدر ما فى ذلك الجراح من ديته ، فيكون فى موضحته نصف عشر قيمته ، وفى عينه نصف قيمته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وهو قول عمر وعلى ؛ وقال مالك : يعتبر فى ذلك كله ما نقص من ثمنه إلا موضحته ومنقلته ومأمومته ، ففيها من ثمنه قدر ما فيها فى الحر من ديته .

وعمدة الفريق الأول تشبيهه بالعروض . وعمدة الفريق الثانى تشبيهه بالحر إذ هومسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه إذا جاوزت الثلث على العاقلة ، واختلف فيما دون ذلك ، فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة : إن العاقلة لاتحمل من ذلك إلا الثلث فما زاد ، وقال أبوحنيفة : تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة ؛ وقال الثورى وابن شبرمة : الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعى وعثمان البتى : تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ . وعمدة الشافعى هى أن الأصل هو أن العاقلة هى التى تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئا فعليه الدليل ، ولا عمدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك معمول به ومشهور ، وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القسامة

اختلف العلماء فى القسامة فى أربعة مواضع تجرى مجرى الأصول لفروع هذا الباب : المسئلة الأولى : هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ؟ . الثانية ؛ إذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى . المسئلة الثالثة : هل يبدأ بالأيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم ، وكم عدد الحالفين من الأولياء؟ المسئلة الرابعة : فيما يعد لوثا يجب به أن يبدأ المدعون بالأيمان .

(المسئلة الأولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الأمصار : مالك والشافعى وأبو حنيفة وأحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الأمصار ؛ وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبوقلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية : لايجوز الحكم بها . عمدة الجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث ، إلا أنهم مختلفون فى ألفاظه على ما سيأتى بعد . وعمدة الفريق الثانى لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها : فمنها أن الأصل فى الشرع أن لايحلف أحد إلا على ما علم قطعا أو شاهد حسا ، وإذا كان ذلك كذلك ، فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل

بل قد يكونون فى بلد والقتل فى بلد آخر ، ولذلك روى البخارى عن أبى قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال : ما تقولون فى القسامة ؟ فأضب القوم وقالوا : نقول إن القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء ، فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبنى للناس ، فقلت : يا أمير المؤمنين عندك أشراف العرب ورؤساء الأجناد ، أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه ؟ قال : لا قلت : أفرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه ؟ قال : لا . وفى بعض الروايات : قلت فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم ؟ قال : فكتب عمر بن عبد العزيز فى القسامة : إنهم إن أقاموا شاهدى عدل أن فلانا قتله فأقده ، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا . قالوا : ومنها أن من الأصول أن الأيمان ليس لها تأثير فى إشاطة الدماء . ومنها أن من الأصول « أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » ومن حجتهم أنهم لم يروا فى تلك الأحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام ، ولذلك قال لهم : أتحلفون خمسين يمينا : أعنى لولاة الدم وهم الأنصار ؟ قالوا : كيف نحلف ولم نشاهد ؟ قال : فيحلف لكم اليهود ، قالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ قالوا : فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هى السنة . قال : وإذا كانت هذه الآثار غير نص فى القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى . وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة ، وزعم أن العلة فى ذلك حوطة الدماء ، وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل إنما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء ، لكن هذه العلة تدخل عليه فى قطاع الطريق والسراق ، وذلك أن السارق تعسر الشهادة عليه ، وكذلك قاطع الطريق ، فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للأصول ، وذلك أن المسلوبين مدعون على سلبهم والله أعلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها ، فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم فى العمد والدية فى الخطأ ؛ وقال الشافعى والثورى وجماعة : تستحق بها الدية فقط ؛ وقال بعض الكوفيين : لايستحق بها إلا دفع الدعوى على الأصل فى أن اليمين إنما تجب على المدعى عليه ؛ وقال بعضهم : بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية ، فعلى هذا إنما يستحق منها دفع القود فقط ، فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال . فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ » وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه : فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَتَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينا وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قَاتِلِكُمْ » . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط ، فهو أن الأيمان يوجد لها تأثير فى استحقاق الأموال أعنى فى الشرع مثل ما ثبت من الحكم فى الأموال باليمين والشاهد ، ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع أن حديث مالك عن ابن أبى ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك . وقيل فيه أيضا إنه لم يسمع من سهل . وحديث بشير ابن بشار قد اختلف فى إسناده ، فأرسله مالك وأسنده غيره . قال القاضى : يشبه أن تكون هذه العلة هى السبب فى أن لم يخرج البخارى هذين الحديثين ، واعتضد عندهم القياس فى ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لاقود بالقسامة ، ولكن يستحق بها الدية . وأما الذين قالوا إنما يستحق بها دفع الدعوى فقط ، فعمدتهم أن الأصل هو أن الأيمان على المدعى عليه ، والأحاديث التى نذكرها فيما بعد إن شاء الله

(المسئلة الثالثة) واختلف القائلون بالقسامة ، أعنى الذين قالوا إنها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالأيمان الخمسين على ما ورد فى الآثار ؛ فقال الشافعى وأحمد وداود بن على وغيرهم : يبدأ المدعون ؛ وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة : بل يبدأ المدعى عليهم بالأيمان . وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حثمة ومرسله عن بشير بن يسار . وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ما خرجه

البخارى عن سعيد بن عبيد الطائى عن بشير بن يسار أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن حثمة وفيه « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تأْتُون بالبَيِّنَةِ عَلَى مَنْ قَتَلَهُ ، قالوا : ما لنا بينة ، قال : فَيَحْلِفُونَ لَكُمْ ، قالوا : ما نرضى بأيمان يهود ، وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه ، فوداه بمائة بعير من إبل الصدقة » قال القاضى : وهذا نص فى أنه لايستوجب بالأيمان الخمسين إلا دفع الدعوى فقط . واحتجوا أيضا بما خرجه أبو داود أيضا عن أبى سلمة بن أبى عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الأنصار « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود وبدأ بهم : أيحْلِفُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ رَجُلاً خَمْسِينَ يَمِينا ؟ فأبوا ، فقال للأنصار : احْلِفُوا ، فقالوا : أنحلف على الغيب يا رسول الله ؟ فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود » لأنه وجد بين أظهرهم ، وبهذا تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليه وألزمهم الغرم مع ذلك ، وهو حديث صحيح الإسناد ، لأنه رواه الثقات عن الزهرى عن أبى سلمة ، وروى الكوفيون ذلك عن عمر ، أعنى أنه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية . وخرج مثله أيضا من تبدئة اليهود بالأيمان عن رافع بن خديج ، واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك أن عمر بن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بنى سعد وكان أجرى فرسه فوطئ على أصبع الجهنى فنزى فيها فمات ، فقال عمر للذى ادعى عليهم : أتحلفون بالله خمسين يمينا ما مات منها ؟ فأبوا أن يحلفوا وتحرجوا ، فقال للمدعين : احلفوا ، فأبوا فقضى عليهم بشطر الدية . قالوا : وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبدئة المدعين بالأيمان ، لأن الأصل شاهد لأحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه : قال أبو عمر : والأحاديث المتعارضة فى ذلك مشهورة .

(المسئلة الرابعة) وهى موجب القسامة عند القائلين بها ، أجمع جمهور العلماء القائلون بها أنها لاتجب إلا بشبهة . واختلفوا فى الشبهة ما هى ؟ فقال الشافعى : إذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم

بالقسامة وهو أن يوجد قتيل فى محلة قوم لايخالطهم غيرهم ، وبين أولئك القوم ، وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الأنصار واليهود ، وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ، ووجد فيها القتيل من الأنصار ، قال : وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل وإلى جانبه رجل مختضب بالدم ، وكذلك لو دخل على نفر فى بيت فوجد بينهم قتيلا وما أشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام أن المدعى محق لقيام تلك الشبهة ؛ وقال مالك بنحو من هذا ، أعنى إن القسامة لاتجب إلا بلوث والشاهد الواحد عنده إذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه ، واختلفوا إذا لم يكن عدلا . وكذلك وافق الشافعى فى قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه إنسان بيده حديدة مدماة ، إلا أن مالكا يرى أن وجود القتيل فى المحلة ليس لوثا ، وإن كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة ، وإذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شىء يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث فى وجوبها ، ولذلك لم يقل بها قوم ؛ وقال أبو حنيفة وصاحباه : إذا وجد قتيل فى محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ؛ ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل فى المحلة دون سائر الشرائط التى اشترط الشافعى ، ودون وجود الأثر بالقتيل الذى اشترطه أبو حنيفة ، وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود ، وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال : القسامة تجب متى وجد قتيل لايعرف من قتله أينما وجد ، فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا ، فإن هم حلفوا على العمد فالقود وإن حلفوا على الخطأ فالدية ، وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا ، وعند مالك رجلان فصاعدا من أولئك ؛ وقال داود : لا أقضى بالقسامة إلا فى مثل السبب الذى قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة ، فجعلا قول المقتول فلان قتلنى لوثا يوجب القسامة ، وكل قال بما غلب على ظنه أنه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبهة رأى تبدئة المدعين بالأيمان من رأى ذلك منهم ، فإن الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعى ، إذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه ، إنما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه ، وكأنه شبه ذلك

اليمين مع الشاهد فى الأموال . وأما القول بأن نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للأصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لادعى قَوْمٌ دِماءَ قَوْمٍ وأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنِ اليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » . وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس ، وخرجه مسلم فى صحيحه ، وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بنى إسرائيل فضعيف ، لأن التدميق هنالك أسند إلى الفعل الخارق للعادة . واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد ؟ فقال مالك : لاتكون القسامة إلا على واحد ، وبه قال أحمد بن حنبل ؛ وقال أشهب : يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الأولياء ، وهو ضعيف ؛ وقال المغيرة المخزومى : كل من أقسم عليه قتل ؛ وقال مالك والليث : إذا شهد اثنان عدلان أن إنسانا ضرب آخر وبقى المضروب أياما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب إنه مات من ذلك الضرب وقيد به ، وهذا كله ضعيف . واختلفوا فى القسامة فى العبد ، فبعض أثبتها ، وبه قال أبو حنيفة تشبيها بالحر ، وبعض نفاها تشبيها بالبهيمة ، وبها قال مالك ، والدية عندهم فيها فى مال القاتل ، ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا خمسين يمينا عند مالك ، ولا يحلف عنده أقل من اثنين فى الدم ويحلف الواحد فى الخطأ ؛ وإن نكل عنده أحد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية فى حق من لم ينكل ، أعنى حظه منها . وقال الزهرى : إن نكل منهم أحد بطلت الدية فى حق الجميع ، وفروع هذا الباب كثيرة . قال القاضى : والقول فى القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء ، وهو فى الحقيقة جزء من كتاب الأقضية ، ولكن ذكرناه هنا على عادتهم ، وذلك أنه إذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الأمور الشرعية رأوا أن الأولى أن يذكر فى ذلك الجنس . وأما القضاء الذى يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الأشياء التى يقع فيها القضاء فيذكر فى كتاب الأقضية ، وقد تجدهم يفعلون الأمرين جميعا كما فعل مالك فى الموطأ ، فإنه ساق فيه الأقضية من كل كتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب فى أحكام الزنى

والنظر فى أصول هذا الكتاب فى حد الزنا ، وفى أصناف الزناة ، وفى العقوبات لكل صنف صنف منهم ، وفيما تثبت به هذه الفاحشة .

الباب الأول فى حد الزنى

فأما الزنى فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين ، وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الإسلام ، وإن كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة ، وفى ذلك مسائل نذكر منها أشهرها ، فمنها الأمة يقع عليها الرجل وله فيها شرك ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد وإن ولدت ألحق الولد به وقومت عليه ، وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر ؛ وقال أبو ثور : عليه الحد كاملا إذا علم الحرمة . وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام « ادْرَءُوا الحُدُودَ بالشُّبُهاتِ » والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم . وسبب الخلاف : هل ذلك الذى يغلب منها حكمه على الجزء الذى لا يملك أم حكم الذى لا يملك يغلب على حكم الذى يملك ؟ فإن حكم ما ملك الحليَّة ، وحكم مالم يملك الحرمية . ومنها اختلافهم فى الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم ، فقال قوم : عليه الحد ؛ ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه . والسبب فى هذه وفى التى قبلها واحد ، والله أعلم . ومنها أن يحل رجل لرجل وطء خادمه ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد ؛ وقال غيره : يعزر ؛ وقال بعض الناس : بل هى هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج . ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته ، فقال الجمهور : لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه « أَنْتَ وَمالُكَ لأَبيكَ » ولقوله عليه الصلاة والسلام « لايُقادُ الوَالِدُ بالْوَلَدِ » ولإجماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ، ولذلك قالوا : تقوم عليه حملت أم لم تحمل لأنها قد حرمت على ابنه فكأنه استهلكها . ومن الحجة لهم أيضا إجماعهم على

أن الأب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه ، وكذلك كل من كان الابن له وليا . ومنها الرجل يطأ جارية زوجته ، اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال ، فقال مالك والجمهور : عليه الحد كاملا ؛ وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوّم عليه فيغرمها لزوجته إن كانت طاوعته ، وإن كانت استكرهها قومت عليه وهي حرة ، وبه قال أحمد وإسحاق ، وهو قول ابن مسعود . والأول قول عمر ، ورواه مالك فى الموطأ عنه . وقال قوم : عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا أو ثيبا : وقال قوم : عليه التعزير . فعمدة من أوجب عليه الحد أنه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد . وعمدة من درأ الحد ماثبت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى فى رجل وطئ جارية امرأته أنه إن كان استكرهها فهى حرة وعليه مثلها لسيدتها ، وإن كانت طاوعته فهى له ، وعليه لسيدتها مثلها ، وأيضا فإن له شبهة فى مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : « تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِثَلَاثٍ ، فذكر مالها » . ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى أن المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث ، أو فى الثلث فما فوقه ، وهو مذهب مالك . ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة ، والجمهور على خلاف ذلك ، وقوله فى ذلك ضعيف ومرغوب عنه ، وكأنه رأى أن هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التى استأجرها عليها ، فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة . ومنها درء الحد عمن امتنع اختلف فيه أيضا . وبالجملة فالأنكحة الفاسدة داخلة فى هذا الباب ، وأكثرها عند مالك تدرأ الحد إلا ماانعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الأم وما أشبه ذلك ، مما لا يعذر فيه بالجهل .

الباب الثانى فى أصناف الزناة وعقوباتهم

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف : محصنون ثُيب وأبكار وأحرار وعبيد وذكور وإناث . والحدود الإسلامية ثلاثة : رجم ، وجلد ، وتغريب . فأما الثيب الأحرار المحصنون ، فإن المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم إلا فرقة من أهل الأهواء فإنهم رأوا أن حد كل زان الجلد ، وإنما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم ، فخصصوا الكتاب بالسنة

أعنى قوله تعالى - الزَّانِيَةُ والزَّانى - الآية . واختلفوا فى موضعين : أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا ؟ والموضع الثانى فى شروط الإحصان .

(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا ؟ فقال الجمهور : لاجلد على من وجب عليه الرجم ؛ وقال الحسن البصرى وإسحاق وأحمد وداود : الزانى المحصن يجلد ثم يرجم . عمدة الجمهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ، ورجم امرأة من جهينة ، ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزد ، كل ذلك مخرّج فى الصحاح ولم يروا أنه جلد واحدا منهم . ومن جهة المعنى أن الحد الأصغر ينطوى فى الحد الأكبر ، وذلك أن الحد إنما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم . وعمدة الفريق الثانى عموم قوله تعالى - الزَّانِيَةُ والزَّانى فاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مائَةَ جَلْدَةٍ - فلم يخص محصن من غير محصن . واحتجوا أيضا بحديث على رضى الله عنه ، خرجه مسلم وغيره أن عليا رضى الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسوله . وحديث عبادة بن الصامت ، وفيه أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « خُذُوا عَنِّى قَدْ جَعَلَ اللهُ لَهُنَّ سَبِيلاً البِكْرُ بالبِكْرِ جَلْدُ مائَةٍ وتَغْرِيبُ عامٍ ، والثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ جَلْدُ مائَةٍ والرَّجْمُ بالحِجارَةِ » وأما الإحصان فإنهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم . واختلفوا فى شروطه فقال مالك : البلوغ والإسلام والحرية والوطء فى عقد صحيح ، وحالة جائز فيها الوطء ، والوطء المحظور عنده هو الوطء فى الحيض أو فى الصيام ، فإذا زنى بعد الوطء الذى بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ، ووافق أبو حنيفة مالكا فى هذه الشروط إلا فى الوطء المحظور ؛ واشترط فى الحرية أن تكون من الطرفين ، أعنى أن يكون الزانى والزانية حرين ، ولم يشترط الإسلام الشافعى . وعمدة الشافعى ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ، وهو حديث متفق عليه « أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودى اللذين زنيا » إذ رفع إليه أمرهما اليهود ، والله تعالى يقول - وإنْ حَكَمْتَ فاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بالقِسْطِ - . وعمدة مالك من

طريق المعنى أن الإحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الإسلام ، وهذا مبناه على أن الوطء فى نكاح صحيح هو مندوب إليه ، فهذا هو حكم الثيب . وأما الأبكار فإن المسلمين أجمعوا على أن حد البكر فى الزنى جلد مائة لقوله تعالى ـ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ـ واختلفوا فى التغريب مع الجلد ؛ فقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تغريب أصلا ؛ وقال الشافعى : لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكراً كان أو أنثى ، حراً كان أو عبداً ؛ وقال مالك : يغرب الرجل ولا تغرب المرأة ، وبه قال الأوزاعى ؛ ولا تغريب عند مالك على العبيد . فعمدة من أوجب التغريب على الإطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكذلك ما خرج أهل الصحاح عن أبى هرير وزيد بن خالد الجهنى أنهما قالا « إن رجلا من الأعراب أتى النبى عليه الصلاة والسلام قال : يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لى بكتاب الله ، فقال الخصم وهو أفقه منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لى أن أتكلم ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : قُلْ ، قال : إن ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته ، وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أنما على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللهِ : أَمَّا الوَلِيدَةُ والغَنَمُ فَرَدٌّ عَلَيْكَ ، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عام ، واغْدُ يا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا فإِنِ اعْتَرَفَتْ فارْجُمْهَا ، فغدا عليها أنيس فاعترفت ، فأمر النبى عليه الصلاة والسلام بها فرجمت » . ومن خصص المرأة من هذا العموم فإنما خصصه بالقياس ، لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغربة لأكثر من الزنى ، وهذا من القياس المرسل ، أعنى المصلحى الذى كثيرا ما يقول به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب ، وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وأنه ليس ينسخ الكتاب بأخبار الآحاد . ورووا عن عمر وغيره أنه حد ولم يغرب . وروى الكوفيون عن أبى بكر وعمر أنهم غربوا . وأما حكم العبيد فى هذه الفاحشة ، فإن العبيد صنفان : ذكور ، وإناث

أما الإناث فإن العلماء أجمعوا على أن الأمة إذا تزوجت وزنت أن حدها خمسون جلدة لقوله تعالى ـ فإذا أُحْصِنَّ فإنْ أتينَ بِفاحشةٍ فعليهِنَّ نِصْفُ ماعلى المُحْصَنَاتِ مِنَ العذابِ ـ واختلفوا إذا لم تتزوج ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : حدها خمسون جلدة ؛ وقالت طائفة : لاحد عليها ، وإنما عليها تعزير فقط ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب ؛ وقال قوم ؛ لاحد على الأمة أصلا . والسبب فى اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم الإحصان فى قوله تعالى ـ فإذا أحصن ـ فمن فهم من الإحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال : لاتجلد الغير المتزوجة ؛ ومن فهم من الإحصان الإسلام جعله عاما فى المتزوجة وغيرها . واحتج من لم ير على غير المتزوجة حدا بحديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن النبى عليه الصلاة والسلام سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن ، فقال « إنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ثمَّ إن زَنَتْ فاجْلِدُوها ثم بيعُوها ولَوْ بِضَفِيرٍ » . وأما الذكر من العبيد ، ففقهاء الأمصار على أن حد العبد نصف حد الحر قياسا على الأمة ؛ وقال أهل الظاهر : بل حده مائة جلدة مصيرا إلى عموم قوله تعالى ـ فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ـ ولم يخصص حرا من عبد : ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على الأمة وهو شاذ : وروى عن ابن عباس . فهذا هو القول فى أصناف الحدود وأصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد فى واحد واحد منهم ، ويتعلق بهذا القول فى كيفية الحدود ، وفى وقتها : فأما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم ، فقالت طائفة : يحفر له ، وروى ذلك عن علىّ فى شراحة الهمدانية حين أمر برجمها ، وبه قال أبو ثور ، وفيه « فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحدق الناس بها يرمونها ، فقال : ليس هكذا الرجم إنى أخاف أن يصيب بعضكم بعضا ، ولكن صفوا كما تصفون فى الصلاة ، ثم قال : الرجم رجمان : رجم سر ورجم علانية ، فما كان منه بإقرار فأول من يرجم الإمام ثم الناس ، وماكان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الإمام ثم الناس : وقال مالك وأبو حنيفة : لايحفر للمرجوم ، وخير فى ذلك الشافعى ؛ وقيل عنه : يحفر للمرأة فقط : وعمدتهم ما خرج البخارى ومسلم من حديث جابر ، قال جابر : فرجمناه بالمصلى ، فلما أذلقته

الحجارة فرّ ، فأدركناه بالحرة فرضخناه . وقد روى مسلم أنه حفر له فى اليوم الرابع حفر . وبالجملة فالأحاديث فى ذلك مختلفة . قال أحمد : أكثر الأحاديث على أن لاحفر ؛ وقال مالك : يضرب فى الحدود الظهر وما يقاربه ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : يضرب سائر الأعضاء ويتقى الفرج والوجه ؛ وزاد أبو حنيفة الرأس ؛ ويجرد الرجل عند مالك فى ضرب الحدود كلها ، وعند الشافعى وأبى حنيفة ماعدا القذف على ما سيأتى بعد ؛ ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال : إنه يقام لظاهر الآية ، ويستحب عند الجميع أن يحضر الإمام عند إقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ) . واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة ، فقال مالك : أربعة ، وقيل ثلاثة ، وقيل اثنان ، وقيل سبعة ، وقيل ما فوقها . وأما الوقت ، فإن الجمهور على أنه لايقام فى الحر الشديد ولا فى البرد ، ولا يقام على المريض ؛ وقال قوم : يقام ، وبه قال أحمد وإسحاق ، واحتجا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض . وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد ، وهو أن يقام حيث لايغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود ؛ فمن نظر إلى الأمر بإقامة الحدود مطلقا من غير استثناء قال : يحد المريض ؛ ومن نظر إلى المفهوم من الحد قال : لايحد المريض حتى يبرأ ، وكذلك الأمر فى شدة الحر والبرد .

الباب الثالث وهو معرفة ماتثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على أن الزنى يثبت بالإقرار وبالشهادة . واختلفوا فى ثبوته بظهور الحمل فى النساء الغير المزوجات إذا ادعين الاستكراه . وكذلك اختلفوا فى شروط الإقرار وشروط الشهادة . فأما الإقرار فإنهم اختلفوا فيه فى موضعين : أحدهما عدد مرات الإقرار الذى يلزم به الحد . والموضع الثانى هل من شرطه أن لايرجع عن الإقرار حتى يقام عليه الحد ؟ أما عدد الإقرار الذى يجب به الحد ، فإن مالكا والشافعى يقولان : يكفى فى وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة ، وبه قال داود وأبو ثور والطبرى وجماعة ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى : لايجب الحد إلا بأقارير أربعة مرة بعد مرة ،

وبه. قال أحمد وإسحاق ، وزاد أبو حنيفة وأصحابه : فى مجالس متفرقة . وعمدة مالك والشافعى ما جاء فى حديث أبى هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام « اغد يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها ، فاعترفت فرجمها » ولم يذكر عددا . وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى عليه الصلاة والسلام « أنه رد ماعزا حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه » وفى غيره من الأحاديث قالوا : وماورد فى بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ، ومن قصر فليس بحجة على من حفظ .

(وأما المسئلة الثانية) وهى من اعترف بالزنى ثم رجع ، فقال جمهور العلماء بقبل رجوعه ، إلا ابن أبى ليلى وعثمان البتى ؛ وفصل مالك فقال : إن رجع إلى شبهة قبل رجوعه . وأما إن رجع إلى غير شبهة فعنه فى ذلك روايتان : إحداهما يقبل وهى الرواية المشهورة . والثانية لايقبل رجوعه ، وإنما صار الجمهور إلى تأثير الرجوع فى الإقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ماعزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ، ولذلك لايجب على من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التمادى على الإقرار شرطا من شروط الحد . وقد روى من طريق « أن ماعزا لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه ، فقال لهم : ردونى إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقتلوه رجما وذكروا ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فقال: هَلَّا تَرَكْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ فَيَتُوبَ اللَّهُ عَلَيْهِ » ومن هنا تعلق الشافعى بأن التوبة تسقط الحدود ، والجمهور على خلافه ، وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا فى وجوب الحد . وأما ثبوت الزنى بالشهود فإن العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنى بالشهود ، وأن العدد المشترط فى الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى - ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ - وأن من صفتهم أن يكونوا عدولا ، وأن من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه فى فرجها ، وأنها تكون بالتصريح لا بالكناية ، وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لاتختلف لافى زمان ولا فى مكان إلا ما حكى عن أبى حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة ، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها فى ركن من البيت يطؤها غير الركن الذى رآه فيه الآخر . وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أم لاتلفق كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ فإنهم

أجمعوا على أنها لاتلفق ، والمكان أشبه شيء بالزمان . والظاهر من الشرع قصده إلى التوثق فى ثبوت هذا الحد أكثر منه فى سائر الحدود . وأما اختلافهم فى إقامة الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه ، فإن طائفة أوجبت فيه الحد على ما ذكره مالك فى الموطأ من حديث عمر ، وبه قال مالك ، إلا أن تكون جاءت بأمارة على استكراهها ، مثل أن تكون بكرا فتأتى وهى تدمى ، أو تفضح نفسها بأثر الاستكراه ، وكذلك عنده الأمر إذا ادعت الزوجية إلا أن تقيم البينة على ذلك ، ما عدا الطارئة ، فإن ابن القاسم قال : إذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : لايقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية ، وإن لم تأت فى دعوى الاستكراه بأمارة ، ولا فى دعوى الزوجية ببينة لأنها بمنزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه . ومن الحجة لهم ما جاء فى حديث شراحة أن عليا رضى الله عنه قال لها : استكرهت؟ قالت : لا . قال : فلعل رجلا أتاك فى نومك . قالوا : وروى الأثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة دعت أنها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد . ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكرهة لاحد عليها ، وإنما اختلفوا فى وجوب الصداق لها . وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة ؟ فمن قال عوض عن البضع أوجبه فى البضع فى الحلية والحرمية ؛ ومن قال إنه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجبه . وهذا الأصل كاف فى هذا الكتاب ، والله الموفق للصواب.

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القذف

والنظر فى هذا الكتاب : فى القذف ، والقاذف ، والمقذوف ، وفى العقوبة الواجبة فيه ، وبماذا تثبت . والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى ـ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ـ الآية . فأما القاذف فإنهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين : وهما البلوغ والعقل ، وسواء كان كان ذكرا أو أنثى ، حرا أو عبدا ، مسلما أو غير مسلم . وأما المقذوف فاتفقوا

على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف وهى البلوغ والحرية والعفاف والإسلام ، وأن يكون معه آلة الزنى ، فإن انخرم من هذه الأوصاف وصف لم يجب الحد ، والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية فى المقذوف ، ويحتمل أن يدخل فى ذلك خلاف ، ومالك يعتبر فى سن المرأة أن تطيق الوطء . وأما القذف الذى يجب به الحد ، فاتفقوا على وجهين : أحدهما أن يرمى القاذف المقذوف بالزنى ، والثانى أن ينفيه عن نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة. واختلفوا إن كانت كافرة أو أمة ، فقال مالك : سواء كانت حرة أو أمة أو مسلمة أوكافرة يجب الحد . وقال إبراهيم النخعى : لاحد عليه إذا كانت أم المقذوف أمة أوكتابية ، وهو قياس قول الشافعى وأبى حنيفة . واتفقوا أن القذف إذا كان بهذين المعنيين أنه إذا كان بلفظ صريح وجب الحد ، واختلفوا إن كان بتعريض ، فقال الشافعى وأبوحنيفة والثورى وابن أبى ليلى : لاحد فى التعريض ، إلا أن أباحنيفة والشافعى يريان فيه التعزير ، وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود ؛ وقال مالك وأصحابه : فى التعريض الحد ، وهى مسئلة وقعت فى زمان عمر ، فشاور عمر فيها الصحابة ، فاختلفوا فيها عليه ، فرأى عمر فيها الحد : وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة ، والاستعمال مقام النص الصريح ، وإن كان اللفظ فيها مستعملا فى غير موضعه أعنى مقولا بالاستعارة . وعمدة الجمهور أن الاحتمال الذى فى الاسم المستعار شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، والحق أن الكناية قد تقوم فى مواضع مقام النص ، وقد تضعف فى مواضع ، وذلك أنه إذا لم يكثر الاستعمال لها والذى يندرئ به الحد عن القاذف أن يثبت زنى المقذوف بأربعة شهود بإجماع والشهود عند مالك إذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة ، وإنما اختلف المذهب فى الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل : والسبب فى اختلافهم هل يشترط فى نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الأصل أم يكفى فى ذلك اثنان على الأصل المعتبر فيما سوى القذف إذ كانوا ممن لايستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد : وأما الحد فالنظر فيه فى جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه ، فإنهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى - ثمانين جلدة - : واختلفوا فى العبد يقذف الحر : كم حده ؟ فقال الجمهور من فقهاء

الأمصار حده نصف حد الحر ، وذلك أربعون جلدة ، وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة ، وعن ابن عباس : وقالت طائفة : حده حد الحر ، وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الأمصار: أبو ثور والأوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر . فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنى . وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضا أن حد الكتابي ثمانون ، فكان العبد أحرى بذلك . وأما التوقيت فإنهم اتفقوا على أنه إذا قذف شخصا واحدا مرارا كثيرة ، فعليه حد واحد إذا لم يحد بواحد منها ، وأنه إن قذف فحد ثم قذفه ثانية حد حدا ثانيا واختلفوا إذا قذف جماعة ، فقالت طائفة : ليس عليه إلا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقهم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة وقال قوم : بل عليه لكل واحد حد ، وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حيي إنه قال : إن قال إنسان : من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها ؛ وقالت طائفة إن جمعهم في كلمة واحدة مثل أن يقول لهم يا زناة فحد واحد ، وإن قال لكل واحد منهم يا زاني فعليه لكل إنسان منهم حد . فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة إلا حدا واحدا حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، فرفع ذلك إلى النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك ، وذلك إجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل . وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم أنه حق للآدميين ، وأنه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد . وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس ، فلأنه رأى أنه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف ، لأنه إذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب أن يتعدد الحد . وأما سقوطه فإنهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف ، فقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي : لا يصح العفو : أي لا يسقط الحد ؛ وقال الشافعي : يصح العفو أي يسقط الحد بلغ الإمام أو لم يبلغ ؛ وقال قوم : إن بلغ الإمام لم يجز العفو ، وإن لم يبلغه جاز العفو . واختلف قول مالك في ذلك ، فمرة قال بقول الشافعي ، ومرة قال : يجوز إذا لم يبلغ الإمام ، وإن بلغ لم يجز إلا أن يريد بذلك المقذوف

الستر على نفسه ، وهو المشهور عنه . والسبب فى اختلافهم هل هوحق لله ، أو حق للآدميين ، أو حق لكليهما؟ فمن قال حق لله لم يجز العفوكالزنى ؛ ومن قال قال حق للآدميين أجاز العفو ؛ ومن قال لكليهما وغلّب حق الإمام إذا وصل إليه قال بالفرق بين أن يصل الإمام أو لايصل ، وقياسا على الأثر الوارد فى السرقة . وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الأظهر أن المقذوف إذا صدّقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . وأما من يقيم الحد فلا خلاف أن الإمام يقيمه فى القذف . واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب . واختلفوا إذا تاب ؛ فقال مالك : تجوزشهادته ، وبه قال الشافعى ؛ وقال أبوحنيفة : لاتجوزشهادته أبدًا . والسبب فى اختلافهم هل الاستثناء يعود إلى الجملة المتقدمة أو يعود إلى أقرب مذكور ، وذلك فى قوله تعالى ـ ولا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الفاسِقُونَ إلاَّ الَّذِينَ تابُوا ـ فمن قال يعود إلى أقرب مذكورقال: التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته؛ ومن رأى ن الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال: التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة. وكون اارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب فى الشرع : أى خارج عن الأصول ، لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة . واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد . وأما بماذا يثبت ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين . واختلف فى مذهب مالك: هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء ؟ وهل تلزم فى الدعوى فيه يمين ؟ وإن نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعى ؟ فهذه هى أصول هذا الباب التى تبنى عليه فروعه . قال القاضى : وإن أنسأ الله فى العمر فسنضع كتابا فى الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبا صناعيا ، إذ كان المذهب المعمول به فى هذه الجزيرة ، التى هى جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهدًا فى مذهب مالك ، لأن إحصاء جميع الروايات عندى شىء ينقطع العمر دونه .

باب فى شرب الخمر

والكلام فى هذه الجناية : فى الموجب ، والواجب ، وبماذا تثبت هذه الجناية؟ فأما الموجب ، فاتفقوا على أنه شرب الخمر دون إكراه قليلها وكثيرها

واختلفوا فى المسكرات من غيرها ؛ فقال أهل الحجاز : حكمها حكم الخمر فى تحريمها وإيجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا أو لم يسكر ؛ وقال أهل العراق : المحرم منها هو السكر ، وهو الذى يوجب الحد . وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين فى كتاب الأطعمة والأشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق إلا أن تكون التوبة ، والتفسيق فى شارب الخمر باتفاق وإن لم يبلغ حد السكر ، وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر . واختلف الذين رأوا تحريم قليل الأنبذة فى وجوب الحد ، وأكثر هؤلاء على وجوبه ، إلا أنهم اختلفوا فى مقدار الحد الواجب ؛ فقال الجمهور : الحد فى ذلك ثمانون ؛ وقال الشافعى وأبو ثور وداود : الحد فى ذلك أربعون ، هذا فى حد الحر . وأما حد العبد فاختلفوا فيه ؛ فقال الجمهور : هو على النصف من حد الحر ؛ وقال أهل الظاهر : حد الحر والعبد سواء ، وهو أربعون ؛ وعند الشافعى عشرون ؛ وعند من قال ثمانون أربعون . فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر فى زمانه شرب الخمر ، وإشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية ، فإنه كما قيل عنه رضى الله عنه « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى » وعمدة الفريق الثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحد فى ذلك حدا ، وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود ، وأن أبا بكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر ؟ فقدروه بأربعين . وروى عن أبى سعيد الخدرى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر بنعلين أربعين » فجعل عمر مكان كل نعل سوطا . وروى من طريق آخر عن أبى سعيد الخدرى ما هو أثبت من هذا ، وهو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر أربعين » وروى هذا عن على عن النبى عليه الصلاة والسلام من طريق أثبت ، وبه قال الشافعى وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الإمام يقيمه ، وكذلك الأمر فى سائر الحدود واختلفوا فى إقامة السادات الحدود على عبيدهم ، فقال مالك : يقيم السيد على عبده حد الزنى وحد القذف إذا شهد عنده الشهود ، ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ، ولا يقطع فى السرقة إلا الإمام ، وبه قال الليث ، وقال أبو حنيفة : لا يقيم الحدود على

لعبيد إلا الإمام ؛ وقال الشافعي : يقيم السيد على عبده جميع الحدود ، وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور . فعمدة مالك الحديث المشهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال : إِنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ، ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ، ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فاجْلِدُوها ، ثُمَّ بِيعُوها وَلَوْ بِضَفِيرٍ » وقوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا زَنَتْ أَمَةُ أَحَدِكُمْ فَلْيَجْلِدْهَا » . وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الأحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث عنه أنه قال « أَقِيمُوا الحُدُودَ عَلَى ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ » ولأنه أيضا مروى عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم ، منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس . وعمدة أبي حنيفة الإجماع على أن الأصل في إقامة الحدود هو السلطان . وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا : الجمعة والزكاة والفيء والحكم إلى السلطان .

(فصل) وأما بماذا يثبت هذا الحد ، فاتفق العلماء على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين . واختلفوا في ثبوته بالرائحة ، فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز : يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان ؛ وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا : لا يثبت الحد بالرائحة : فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط . وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح ، والحد يدرأ بالشبهة .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب السرقة

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة ، وفي شروط المسروق الذي يجب به الحد ، وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد ، وفي العقوبة ، وفيما تثبت به هذه الجناية . فأما السرقة ، فهي أخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه ، وإنما قلنا هذا لأنهم أجمعوا أنه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع إلا إياس بن معاوية ، فإنه أوجب في الخلسة القطع ، وذلك مروى عن النبي عليه الصلاة والسلام . وأوجب أيضا قوم القطع على من استعار حليا أو متاعا

ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور « أنها كانت تستعير الحلى ، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها » وبه قال أحمد وإسحاق والحديث حديث عائشة قالت « كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بقطع يدها ، فأتى أسامة أهلها فكلموه ، فكلم أسامة النبي عليه الصلاة والسلام ، فقال النبي عليه الصلاة والسلام : يا أُسامَةُ لاأَرَاكَ تَتَكَلَّمُ فى حَدّ مِنْ حُدُودِ اللهِ ، ثم قام النبي عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال : «إِنَّمَا أَهْلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُ إِذَا سَرَقَ فِيهِم الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ ، وإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ قَطَعُوهُ ، والذى نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ كانَتْ فاطِمَةُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ لَقَطَعْتُها » ورد الجمهور هذا الحديث لأنه مخالف للأصول ، وذلك أن المعار مأمون وأنه لم يأخذ بغير إذن فضلا أن يأخذ من حرز ، قالوا : وفى الحديث حذف ، وهو أنها سرقت مع أنها جحدت ، ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه » قالوا : وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهرى بإسناده ، فقال فيه : إن المخزومية سرقت ، قالوا : وهذا يدل على أنها فعلت الأمرين جميعا الجحد والسرقة . وكذلك أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع إلا أن يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفا للسبيل ، فحكمه حكم المحارب على ما سيأتى فى حد المحارب . وأما السارق الذى يجب عليه حد السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن من شرطه أن يكون مكلفا ، وسواء كان حراً أو عبدا ، ذكراً أو أنثى ، أو مسلما ، أو ذميا ، إلا ما روى فى الصدر الأول من الخلاف فى قطع يد العبد الآبق إذا سرق ، وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر ابن عبد العزيز ، ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم ؛ فمن رأى أن الإجماع ينعقد بعد وجود الخلاف فى العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ، ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ، ولا عبرة لمن لم ير القطع على العبد الآبق إلا تشبيهه سقوط الحد عنه بسقوط شطره ، أعنى الحدود التى تتشطر فى حق العبيد ، وهو تشبيه ضعيف . وأما المسروق فإن له شرائط مختلفا فيها ؛ فمن

أشهرها اشتراط النصاب ، وذلك أن الجمهور على اشتراطه ، إلا ما روى عن الحسن البصرى أنه قال : القطع فى قليل المسروق وكثيره ، لعموم قوله تعالى ـ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ـ الآية . وربما احتجوا بحديث أبى هريرة خرجه البخارى ومسلم عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « لَعَنَ اللهُ السَّارِقَ يَسْرِقُ البَيْضَةَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ ، وَيَسْرِقُ الحَبْلَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ » وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين . والذين قالوا باشتراط النصاب فى وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا فى قدره اختلافا كثيرا ، إلا أن الاختلاف المشهور من ذلك الذى يستند إلى أدلة ثابتة ، وهو قولان : أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم . والثانى قول فقهاء العراق . أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع فى ثلاثة دراهم من الفضة ، وربع دينار من الذهب . واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة ، فقال مالك فى المشهور : تقوم بالدراهم لا بالربع دينار ، أعنى إذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف ، مثل أن يكون الربع دينار فى وقت درهمين ونصفا ؛ وقال الشافعى : الأصل فى تقويم الأشياء هو الربع دينار ، وهو الأصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده فى الثلاثة دراهم إلا أن تساوى ربع دينار . وأما مالك فالدنانير والدراهم عند كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر فى تقويم العروض إلى الغالب فى نقود أهل ذلك البلد ، فإن كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم ، وإن كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار ، وأظن أن فى المذهب من يقول إن الربع دينار يقوّم بالثلاثة دراهم ، وبقول الشافعى فى التقويم قال أبو ثور والأوزاعى وداود ، وبقول مالك المشهور قال أحمد : أعنى بالتقويم بالدراهم . وأما فقهاء العراق فالنصاب الذى يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب فى أقل منه . وقد قال جماعة منهم ابن أبى ليلى وابن شبرمة : لا تقطع اليد فى أقل من خمسة دراهم ، وقد قيل فى أربعة دراهم ، وقال عثمان البتى : فى درهمين . فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبى عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم ، وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخارى ومسلم إلى النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « تُقْطَعُ

اليد في ربع دينار فصاعدا » وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور ، قالوا : ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك في أحاديث . وقد خالف ابن عمر في قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع في المجن كابن عباس وغيره . وقد روى محمد بن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال : كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم . قالوا : وإذا وجد الخلاف في ثمن المجن وجب أن لا تقطع اليد إلا بيقين ، وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة ، وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسئلة وجعل الأصل هو الربع دينار . وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه ، وهو أنه قطع في أترجة قومت بثلاثة دراهم ، والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهما [1] والقطع في ثلاثة دراهم أحفظ للأموال ، والقطع في عشرة دراهم أدخل في باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو ، والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره ، فإن كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعي أولى المذاهب ، فهذا هو أحد الشروط المشترطة في القطع . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو إذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع ، أعني نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا ، وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معا ، مثل أن يكون عدلا أو صندوقا يساوي النصاب ؛ فقال مالك : يقطعون جميعا ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور ؛ وقال أبو حنيفة : لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصابا ؛ فمن قطع الجميع رأى العقوبة إنما تتعلق بقدر مال المسروق : أي أن هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ المال ؛ ومن رأى أن القطع إنما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال : لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب فيه الشرع قطع يد واحدة . واختلفوا متى يقدر المسروق ؛ فقال مالك : يوم السرقة ؛ قال أبو حنيفة : يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الحرز ، وذلك أن

---

(١) هكذا هذه العبارة بجميع الأصول ، ولينظر ما معناها اهـ مصححه .

جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع ، وإن كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز. والأشبه أن يقال فى حد الحرز إنه ما شأنه أن تحفظ به الأموال كى يعسر أخذها مثل الأغلاق والحظائر وماأشبه ذلك ، وفى الفعل الذى إذا فعله السارق اتصف بالإخراج من الحرز على ماسنذكره بعد ؛ وممن ذهب إلى هذا مالك وأبوحنيفة والشافعى والثورى وأصحابهم ؛ وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث : القطع على من سرق النصاب وإن سرقه من غير حرز . فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « لاقَطْعَ فى ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ ولا فى حَرِيسَةِ جَبَلٍ ، فإذا آوَاهُ المُرَاحُ أوْ الجَرِينُ فالقَطْعُ فيما بَلَغَ ثَمَنَ المِجَنِّ » ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكى بمعنى حديث عمرو بن شعيب . وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - الآية . قالوا : فوجب أن تحمل الآية على عمومها ، إلا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك ، وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لايقطع فيه . وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو بن شعيب . وقال أبوعمر بن عبد البر : أحاديث عمرو ابن شعيب العمل بها واجب إذا رواها الثقات : وأما الحرز عند الذين أوجبوه فإنهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا فى أشياء ، مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز ، واختلافهم فى الأوعية . ومثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى أنه لايقطع حتى يُخرِجَ من الدار ، واختلافهم فى الدار المشتركة ، فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز : تقطع يده إذا أخرج من البيت ؛ وقال أبويوسف ومحمد : لاقطع عليه إلا إذا أخرج من الدار . ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش ، أو ليس بحرز ؟ فقال مالك والشافعى وأحمد وجماعة : هو حرز ، وعلى النباش القطع ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ؛ وقال أبوحنيفة : لاقطع عليه ، وكذلك قال سفيان الثورى ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت : والحرز عند

مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه ، فرابط الدواب عنده أحراز ، وكذلك الأوعية ، وما على الإنسان من اللباس ، فالإنسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده . وإذا توسد النائم شيئا فهو له حرز على ما جاء فى حديث صفوان بن أمية وسيأتى بعدُ ، وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس . ولا يقطع عند مالك سارقُ ما كان على الصبى من الحلى أو غيره إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ؛ ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده ، وكذلك من المساجد ؛ وقد قيل فى المذهب إنه إن سرق منها ليلا قطع . وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز . واتفق القائلون بالحرز على أن كل من سُمِّى مخرجا للشيء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء كان داخل الحرز أو خارجه . وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف ، مثل اختلاف المذهب إذا كان سارقان : أحدهما داخل البيت ، والآخر خارجه ، فقرب أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب فى البيت فتناوله الآخر ، فقيل القطع على الخارج المتناول له ؛ وقيل : لاقطع على واحد منهما ؛ وقيل القطع على المقرِّب للمتاع من الثقب . والخلاف فى هذا كله آيل إلى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أو لانطلاقه . فهذا هو القول فى الحرز واشتراطه فى وجوب القطع ، ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع ، وقد توقف مالك فيه إذا أخذ بعد رميه وقبل أن يخرَج ؛ وقال ابن القاسم : يقطع .

(فصل) وأما جنس المسروق ، فإن العلماء اتفقوا على أن كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه ، فإنه يجب فى سرقته القطع ما عدا الأشياء الرطبة المأكولة ، والأشياء التى أصلها مباحة فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فذهب الجمهور إلى أن القطع فى كل متموَّل يجوز بيعه وأخذ العوض فيه ؛ وقال أبو حنيفة : لاقطع فى الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش . فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة فى اشتراط النصاب : وعمدة أبى حنيفة فى منعه القطع فى الطعام الرطب قوله عليه الصلاة والسلام « لاقَطْعَ فى ثَمَرٍ ولا كَثَرٍ » وذلك أن هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة : وعمدته أيضا فى منع القطع فيما أصله مباحٌ الشبهة التى فيه لكل مالك ، وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المسروق الذى يجب فيه

القطع أن لايكون للسارق فيه شبهة ملك . واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة ، وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة فى المسروق هو فى ثلاثة مواضع : فى جنسه ، وقدره ، وشروطه ، وستأتى هذه المسئلة فيما بعد . واختلفوا من هذا الباب ، أعنى من النظر فى جنس المسروق فى المصحف ، فقال مالك والشافعى : يقطع سارقه ؛ وقال أبو حنيفة : لايقطع ، ولعل هذا من أبى حنيفة بناء على أنه لايجوز بيعه ، أو أن لكل أحد فيه حقا إذ ليس بمال . واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكا أعجميا ممن لايفقه ولا يعقل الكلام ، فقال الجمهور : يقطع . وأما إن كان كبيرا يفقه فقال مالك : يقطع ؛ وقال أبو حنيفة : لايقطع . واختلفوا فى الحر الصغير ، فعند مالك أن سارقه يقطع ؛ ولا يقطع عند أبى حنيفة ، وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك : واتفقوا كما قلنا أن شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد . واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لايدرأ منها ، فمنها العبد يسرق مال سيده ؛ فإن الجمهور من العلماء على أنه لايقطع ؛ وقال أبو ثور : يقطع ولم يشترط شرطا ؛ وقال أهل الظاهر : يقطع إلا أن يأتمنه سيده . واشترط مالك فى الخادم الذى يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه ؛ والشافعى مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه . وبدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهما من الصحابة . ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر ، فقال مالك : إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه ؛ وقال الشافعى : الاحتياط أن لاقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال ، وقد روى عنه مثل قول مالك ، واختاره المزنى . ومنها القرابات ، فذهب مالك فيها أن لايقطع الأب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » . ويقطع ما سواهم من القرابات ؛ وقال الشافعى : لايقطع عمود النسب الأعلى والأسفل : يعنى الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء ؛ وقال أبو حنيفة : لايقطع ذو الرحم المحرمة ، وقال أبو ثور : تقطع يد كل من سرق إلا ماخصصه الإجماع . ومنها اختلافهم فيمن سرق من الغنم أو من بيت المال ؛ فقال مالك : يقطع ؛ وقال عبد الملك من أصحابه : لايقطع . فهذا هو القول فى الأشياء التى يجب بها ما يجب فى هذه الجناية .

القول في الواجب

وأما الواجب في هذه الجناية إذا وجدت بالصفات التي ذكرنا ، أعني الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن الواجب فيه القطع من حيث هي جناية ، والغرم إذا لم يجب القطع . واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع ؟ فقال قوم : عليه الغرم مع القطع ، وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة ؛ وقال قوم : ليس عليه غرم إذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ؛ وفرق مالك وأصحابه فقال : إن كان موسرا أتبع السارق بقيمة المسروق ، وإن كان معسرا لم يتبع به إذا أثرى ، واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم . فعمدة من جمع بين الأمرين أنه اجتمع في السرقة حقان : حق لله ، وحق للآدمي ، فاقتضى كل حق موجبه ، وأيضا فإنهم لما أجمعوا على أخذه منه إذا وجد بعينه لزم إذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الأموال الواجبة . وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يَغْرَمُ السَّارِقُ إذَا أُقِيمَ عَلَيْهِ الحَدُّ » وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث . قال أبو عمر : لأنه عندهم مقطوع ، قال : وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي. والكوفيون يقولون : إن اجتماع حقين في حق واحد مخالف للأصول ، ويقولون إن القطع هو بدل من الغرم ، ومن هنا يرون أنه إذا سرق شيئا ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا أنه لا يقطع فيه . وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس . وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل . أما محل القطع فهو اليد اليمين باتفاق من الكوع ، وهو الذي عليه الجمهور ؛ وقال قوم : الأصابع فقط . فأما إذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة ، فإنهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق : تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى ؛ وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين : تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ، ولا يقطع منه غير ذلك . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى ، هل يقف القطع إن سرق ثالثة أم لا ؟ فقال سفيان

وأبو حنيفة : يقف القطع فى الرجل ، وإنما عليه فى الثالثة الغرم فقط ؛ وقال مالك والشافعى : إن سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ، ثم إن سرق رابعة قطعت رجله اليمنى ، وكلا القولين مروى عن عمر وأبى بكر ، أعنى قول مالك وأبى حنيفة . فعمدة من لم ير إلا قطع اليد قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - ولم يذكر الأرجل إلا فى المحاربين فقط . وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ، ثم الثانية فقطع رجله ، ثم أتى به فى الثالثة فقطع يده اليسرى ، ثم أتى به فى الرابعة فقطع رجله » وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله ، وفيه « ثم أخذه الخامسة فقتله » إلا أنه منكر عند أهل الحديث ، ويرده قوله عليه الصلاة والسلام « هُنَّ فَوَاحِشُ وَفِيهِنَّ عُقُوبَةٌ » ولم يذكر قتلا . وحديث ابن عباس « أن النبى عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد » وعند مالك أنه يؤدّب فى الخامسة ، فإذا ذهب محل القطع من غير سرقة بأن كانت اليد شلاء ، فقيل فى المذهب ينتقل القطع إلى اليد اليسرى ، وقيل إلى الرجل ؛ واختلف فى موضع القطع من القدم ، فقيل يقطع من المفصل الذى فى أصل الساق ، وقيل يدخل الكعبان فى القطع ، وقيل لا يدخلان ، وقيل إنها تقطع من المفصل الذى فى وسط القدم . واتفقوا على أن لصاحب السرقة أن يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك إلى الإمام لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تَعَافَوُا الحُدُودَ بَيْنَكُمْ فَمَا بَلَغَنِى مِنْ حَدٍّ فَقَدْ وَجَبَ » وقوله عليه الصلاة والسلام « لَوْ كَانَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ لأَقَمْتُ عَلَيْهَا الحَدَّ » وقوله لصفوان « هَلاَّ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِى بِهِ ؟ » . واختلفوا فى السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع إلى الإمام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه ، أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع ؛ فقال مالك والشافعى : عليه الحد ، لأنه قد رفع إلى الإمام ؛ وقال أبو حنيفة وطائفة : لا حد عليه ؛ فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية أنه قيل له « إن من لم يهاجر هلك ، فقدم صفوان بن أمية إلى المدينة ، فنام فى المسجد وتوسد رداءه

فجاء سارق فأخذ رداءه ، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده ، فقال صفوان : لم أرد هذا يارسول الله هو عليه صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا قبل أن تأتيني به » .

القول فيما تثبت به السرقة

واتفقوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين ، وعلى أنها تثبت بإقرار الحر . واختلفوا فى إقرار العبد ؛ فقال جمهور فقهاء الأمصار : إقراره على نفسه موجب لحده ، وليس يوجب عليه غرما ؛ وقال زفر : لايجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولاقطع يده لكونه مالا لمولاه ، وبه قال شريح والشافعى وقتادة وجماعة ، وإن رجع عن الإقرار إلى شبهة قبل رجوعه . وإن رجع إلى غير شبهة فعن مالك فى ذلك روايتان ، هكذا حكى البغداديون عن المذهب ، وللمتأخرين فى ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض ، وإنما هو لائق بتفريع المذهب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الحرابة

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى - إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ - الآية : وذلك أن هذه الآية عند الجمهور هى فى المحاربين . وقال بعض الناس : إنها نزلت فى النفر الذين ارتدوا فى زمان النبى عليه الصلاة والسلام واستاقوا الإبل ، فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم ، والصحيح أنها فى المحاربين لقوله تعالى - إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ - وليس عدم القدرة عليهم مشترطة فى توبة الكفار فبقى أنها فى المحاربين ؛ والنظر فى أصول هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أبواب : أحدها : النظر فى الحرابة . والثانى : النظر فى المحارب . والثالث : فيما يجب على المحارب . والرابع : فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة . والخامس : بماذا تثبت هذه الجناية .

الباب الأول فى النظر فى الحرابة

فأما الحرابة ، فاتفقوا على أنها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن حارب داخل المصر، فقال مالك : داخل المصر وخارجه سواء ؛ واشترط الشافعى الشوكة ، وإن كان لم يشترط العدد ، وإنما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ، ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران ، لأن المغالبة إنما تتأتى بالبعد عن العمران ؛ وكذلك يقول الشافعى : إنه إذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة فى المصر كانت محاربة ، وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس ؛ وقال أبو حنيفة : لاتكون المحاربة فى المصر .

الباب الثانى فى النظر فى المحارب

فأما المحارب : فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة ، وهو المسلم والذمى .

الباب الثالث فيما يجب على المحارب

وأما ما يجب على المحارب ، فاتفقوا على أنه يجب عليه حق لله وحق للآدميين واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع الأيدى وقطع الأرجل من خلاف ، والنفى على مانص الله تعالى فى آية الحرابة . واختلفوا فى هذه العقوبات هل هى على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب ؛ فقال مالك : إن قتل فلا بد من قتله ، وليس للإمام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه ، وإنما التخيير فى قتله أو صلبه . وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير فى نفيه ، وإنما التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف . وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام عنده مخير فى قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه . ومعنى التخيير عنده أن الأمر راجع فى ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له الرأى والتدبير ، فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ، لأن القطع لايرفع ضرره . وإن كان لارأى له وإنما هو ذوقوة وبأس قطعه من خلاف . وإن كان ليس فيه شىء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفى . وذهب الشافعى وأبو حنيفة وجماعة من العلماء إلى أن هذه العقوبة هى مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها

عليه ، فلا يقتل من المحاربين إلا من قتل ، ولا يقطع إلا من أخذ المال ، ولا ينفى إلا من لم يأخذ المال ولا قتل ؛ وقال قوم : بل الإمام مخير فيهم على الإطلاق ، وسواء قتل أولم يقتل ، أخذ المال أو لم يأخذه . وسبب الخلاف هل حرف « أو » فى الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جناياتهم ؟ ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير . واختلفوا فى معنى قوله ـ أويصلبوا ـ فقال قوم : إنه يصلب حتى يموت جوعا ؛ وقال قوم : بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معا ؛ وهؤلاء منهم من قال : يقتل أولا ثم يصلب ، وهوقول أشهب ، وقيل إنه يصلب حيا ثم يقتل فى الخشبة ، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ؛ ومن رأى أنه يقتل أولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ؛ ومن رأى أنه يقتل فى الخشبة فقال بعضهم : لا يصلى عليه تنكيلا له ، وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه ؛ وقال سحنون : إذا قتل فى الخشبة أنزل منها وصلى عليه . وهل يعاد إلى الخشبة بعد الصلاة ؟ فيه قولان عنه ؛ وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام . وأما قوله ـ أوتقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ـ فمعناه أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، ثم إن عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى . واختلف إذا لم تكن له اليمنى ؛ فقال ابن القاسم : تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى ؛ وقال أشهب : تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى . واختلف أيضا فى قوله أو ينفوا من الأرض ، فقيل إن النفى هو السجن ، وقيل إن النفى هو أن ينفى من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر توبته ، وهو قول ابن القاسم عن مالك ، ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة ، والقولان عن مالك ، وبالأول قال أبو حنيفة ؛ وقال ابن الماجشون : معنى النفى هو فرارهم من الإمام لإقامة الحد عليهم ، فأما أن ينفى بعد أن يقدر عليه فلا ؛ وقال الشافعى : أما النفى فغير مقصود ، ولكن إن هربوا شردناهم فى البلاد بالاتباع ، وقيل هى عقوبة مقصودة ، فقيل على هذا ينفى ويسجن دائما ، وكلها عن الشافعى ؛ وقيل معنى أو ينفوا : أى من أرض الإسلام إلى أرض الحرب . والذى يظهر هو أن النفى تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى ـ وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ اقْتُلُوا

أَنْفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ - الآية : فسوّى بين النفى والقتل ، وهى عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل ، وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفا لا بالعادة ولا بالعرف .

الباب الرابع فى مسقط الواجب عنه من التوبة

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه ، فإن الأصل فيه قوله تعالى - إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ - واختلف من ذلك فى أربعة مواضع : أحدها : هل تقبل توبته ؟ . والثانى : إن قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل توبته ؟ فإن لأهل العلم فى ذلك قولين : قول إنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى - إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم - وقول : إنه لا تقبل توبته ، قال ذلك من قال إن الآية لم تنزل فى المحاربين . وأما صفة التوبة التى تسقط الحكم فإنهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال : أحدها أن توبته تكون بوجهين : أحدهما أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام ؛ والثانى أن يلقى سلاحه ويأتى الإمام طائعا ، وهو مذهب ابن القاسم . والقول الثانى أن توبته إنما تكون بأن يترك ما هو عليه ويجلس فى موضعه ويظهر لجيرانه ، وإن أتى الإمام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد ، وهذا هو قول ابن الماجشون . والقول الثالث إن توبته إنما تكون بالمجىء إلى الإمام ، وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الأحكام إن أخذ قبل أن يأتى الإمام ، وتحصيل ذلك هو أن توبته قيل إنها تكون بأن يأتى الإمام قبل أن يُقدر عليه ، وقيل إنها إنما تكون إذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط ، وقيل تكون بالأمرين جميعا . وأما صفة المحارب الذى تقبل توبته ، فإنهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال : أحدها أن يلحق بدار الحرب . والثانى أن تكون له فئة . والثالث كيفما كانت له فئة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق . واختلف فى المحارب إذا امتنع فأمنه الإمام على أن ينزل ، فقيل له الأمان ويسقط عنه حد الحرابة ، وقيل : لا أمان له لأنه إنما يؤمن المشرك . وأما ما تسقط عنه التوبة ، فاختلفوا فى ذلك على أربعة أقوال : أحدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ، ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين ، وهو قول مالك ؛ والقول الثانى إن

التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنى والشراب والقطع فى السرقة ، ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يعفو أولياء المقتول والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ، ويؤخذ بالدماء وفى الأموال بما وجد بعينه فى أيديهم ولا تتبع ذممهم . والقول الرابع إن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده .

الباب الخامس بماذا تثبت هذه الجناية

وأما بماذا يثبت هذا الحد فبالإقرار والشهادة ، ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم ؛ وقال الشافعى : تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم ما لا أخذوه ، وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

فصل فى حكم المحاربين على التأويل

وأما حكم المحاربين على التأويل ، فإن محاربهم الإمام ، فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة ، فإن مالكا قال : إن للإمام أن يقتله إن رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين . وأما إذا أسر بعد انقضاء الحرب ، فإن حكمه حكم البدعى الذى لايدعو إلى بدعته ، قيل يستتاب فإن تاب وإلا قتل ، وقيل يستتاب فإن لم يتب يؤدب ولا يقتل ، وأكثر أهل البدع إنما يكفرون بالمآل . واختلف قول مالك فى التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل : أنهم لايصرحون بقول هو كفر ، ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لايعتقدون ذلك اللزوم . وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا ظفر بهم ، فحكمهم إذا تابوا أن لايقام عليهم حد الحرابة ، ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال إلا أن يوجد بيده فيرد إلى ربه . وإنما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل ؟ فقيل يقتل وهو قول عطاء وأصبغ ؛ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك : لايقتل ، وبه قال الجمهور ، لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بتة ، أصله قتال الصحابة ، وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول .

باب فى حكم المرتد

والمرتد إذا ظفر به قبل أن يحارب ، فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فاقْتُلُوهُ » واختلفوا فى قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل ؟ فقال الجمهور : تقتل المرأة ؛ وقال أبوحنيفة : لاتقتل وشبهها بالكافرة الأصلية ،والجمهور اعتمدوا العموم الوارد فى ذلك ؛ وشذّ قوم فقالوا : تقتل وإن راجعت الإسلام وأما الاستتابة فإن مالكا شرط فى قتله ذلك على ما رواه عن عمر ؛ وقول قوم : لاتقبل توبته . وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحرابة ولايستتاب ، كانت حرابته بدار الإسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب ، إلا أن يسلم . وأما إذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ ، فإنه يختلف فى حكمه ، فإن كانت حرابته فى دار الحرب فهو عند مالك كالحربى يسلم لاتباعه عليه فى شىء مما فعل فى حال ارتداده . وأما إن كانت حرابته فى دار الإسلام ، فإنه يسقط إسلامه عنه حكم الحرابة خاصة ، وحكمه فيما جنى حكم المرتد إذا جنى فى ردته فى دار الإسلام ثم أسلم ؛ وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال : حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية ؛ وقال : حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم . وقد اختلف فى هذا الباب فى حكم الساحر ؛ فقال مالك : يقتل كفرا ؛ وقال قوم : لايقتل ، والأصل أن لايقتل إلا مع الكفر .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الأقضية

وأصول هذا الكتاب تنحصر فى ستة أبواب : أحدها : فى معرفة من يجوز قضاؤه . والثانى : فى معرفة ما يقضى به . والثالث فى معرفة ما يقضى فيه . والرابع : فى معرفة من يقضى عليه أو له . والخامس : فى كيفية القضاء . والسادس فى وقت القضاء .

الباب الأول فى معرفة من يجوز قضاؤه

والنظر فى هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه ، وفيما يكون به أفضل . فأما الصفات المشترطة فى الجواز : فأن يكون حرا مسلما بالغا ذكرا عاقلا عدلا . وقد قيل فى المذهب إن الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم به : واختلفوا فى كونه من أهل الاجتهاد ؛ فقال الشافعى : يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز حكم العامى . قال القاضى : وهو ظاهر ما حكاه جدى رحمة الله عليه فى المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة . وكذلك اختلفوا فى اشتراط الذكورة ؛ فقال الجمهور : هى شرط فى صحة الحكم ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون المرأة قاضيا فى الأموال ؛ قال الطبرى : يجوز أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق فى كل شىء ؛ قال عبد الوهاب : ولا أعلم بينهم اختلافا فى اشتراط الحرية ، فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الإمامة الكبرى ، وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ؛ ومن أجاز حكمها فى الأموال فتشبيها بجواز شهادتها فى الأموال ؛ ومن رأى حكمها نافذا فى كل شىء قال : إن الأصل هو أن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز إلا ماخصصه الإجماع من الإمامة الكبرى. وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ، ولا خلاف فى مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة فى استمرار ولايته وليس شرطا فى جواز ولايته ، وذلك أن من صفات القاضى فى المذهب ما هى شرط فى الجواز ، فهذا إذا ولى عزل وفسخ جميع ماحكم به ومنها ماهى شرط فى الاستمرار وليست شرطا فى الجواز ، فهذا إذا ولى القضاء عزل ونفذ ماحكم به إلا أن يكون جورا . ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات : ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا . والشافعى يجيز أن يكون فى المصر قاضيان اثنان إذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه ، وإن شرط اتفاقهما فى كل حكم لم يجز ، وإن شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان : الجواز ، والمنع ، قال : وإذا تنازع الخصمان فى اختيار أحدهما وجب أن يقترعا عنده . وأما فضائل القضاء فكثيرة ، وقد ذكرها الناس فى كتبهم . وقد اختلفوا فى الأمى هل يجوز أن يكون قاضيا ؟

والأبين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أميا ؛ وقال قوم : لايجوز ؛ وعن الشافعي القولان جميعا ، لأنه يحتمل أن يكون ذلك خاصا به لموضع العجز ، ولا خلاف في جواز حكم الإمام الأعظم وتوليته للقاضي شرط في صحة قضائه لاخلاف أعرف فيه : واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الأحكام ، فقال مالك : يجوز ؛ وقال الشافعي : في أحد قوليه : لايجوز ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز إذا وافق حكمه حكم قاضي البلد .

الباب الثاني في معرفة مايقضى به

وأما فيما يحكم ، فاتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين ، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى وأنه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء ، وهل يقدم الأئمة في المساجد الجامعة ؟ فيه خلاف ، وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر إلا أن يؤذن له ، وليس ينظر في الجباة ولا في غير ذلك من الولاة ، وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم : ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم نحلة للمحكوم له به ، وإن لم يكن في نفسه حلالا ، وذلك أنهم أجمعوا على أن حكم الحاكم الظاهر الذي يعتريه لايحل حراما ولا يحرم حلالا ، وذلك في الأموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام « إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ » . واختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذي يظن الحاكم أنه حق وليس بحق ، إذ لايحل حرام ، ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا ؟ فقال الجمهور : الأموال والفروج في ذلك سواء ، لايحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا ، وذلك مثل أن يشهد شاهدا زورا في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة ؛ فقال الجمهور : لاتحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم ؛ وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه : تحل له : فعمدة الجمهور عموم الحديث

المتقدم ، وشبهة الحنفية أن الحكم باللعان ثابت بالشرع ، وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب ، واللعان يوجب الفرقة ، ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره ، فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا بحكم الحاكم ، وكذلك إن كانت هي الكاذبة ، لأن زناها لايوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء ؛ والجمهور أن الفرقة هاهنا إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب .

الباب الثالث فيما يكون به القضاء

والقضاء يكون بأربع : بالشهادة ، وباليمين ، وبالنكول ، وبالإقرار ، أو بما تركب من هذه . ففي هذا الباب أربعة فصول .

الفصل الأول في الشهادة

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء : في الصفة ، والجنس ، والعدد . فأما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة : العدالة ، والبلوغ ، والإسلام ، والحرية ، ونفي التهمة . وهذه منها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها .

أما العدالة ، فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى ـ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ـ ولقوله تعالى ـ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ـ واختلفوا فيما هي العدالة ؛ فقال الجمهور : هي صفة زائدة على الإسلام ، وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته ، مجتنباً للمحرمات والمكروهات ؛ وقال أبو حنيفة : يكفي في العدالة ظاهر الإسلام ، وأن لاتعلم منه جرحة . وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق ، وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لاتقبل لقوله تعالى ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ ـ الآية . ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته ، إلا من كان فسقه من قبل القذف ؛ فإن أبا حنيفة يقول : لاتقبل شهادته وإن تاب . والجمهور يقولون : تقبل . وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى ـ ولا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ . إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ ـ إلى

أقرب مذكور إليه ، أو على الجملة إلا ما خصصه الإجماع ، وهو أن التوبة لاتسقط عنه الحد ، وقد تقدم هذا . وأما البلوغ فإنهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة . واختلفوا فى شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الجراح وفى القتل ، فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ، ومن شرط العدالة البلوغ ، ولذلك ليست فى الحقيقة شهادة عند مالك ، وإنما هى قرينة حال ، ولذلك اشترط فيها أن لايتفرقوا لئلا يجبنوا . واختلف أصحاب مالك هل تجوز إذا كان بينهم كبير أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدة المشترطة فى الشهادة ، واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا ؟ واختلفوا أيضا هل تجوز فى القتل الواقع بينهم ؟ ولا عمدة لمالك فى هذا إلا أنه مروى عن ابن الزبير . قال الشافعى : فإذا احتج محتج بهذا قيل له : إن ابن عباس قد ردها ، والقرآن يدل على بطلانها ؛ وقال بقول مالك ابن أبى ليلى وقوم من التابعين ، وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة . وأما الإسلام فاتفقوا على أنه شرط فى القبول ، وأنه لاتجوز شهادة الكافر ، إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك فى الوصية فى السفر لقوله تعالى ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ الآية . فقال أبو حنيفة : يجوز ذلك على الشروط التى ذكرها الله ؛ وقال مالك والشافعى : لايجوز ذلك ، ورأوا أن الآية منسوخة . وأما الحرية فإن جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها فى قبول الشهادة ؛ وقال أهل الظاهر : تجوز شهادة العبد ، لأن الأصل إنما هو اشتراط العدالة ، والعبودية ليس لها تأثير فى الرد ، إلا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع ، وكأن الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير فى رد الشهادة . وأما التهمة التى سببها المحبة ، فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة فى إسقاط الشهادة . واختلفوا فى رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التى سببها العداوة الدنيوية ، فقال برده فقهاء الأمصار ، إلا أنهم اتفقوا فى مواضع على أعمال التهمة ، وفى مواضع على إسقاطها ، وفى مواضع اختلفوا فيها

فأعملها بعضهم وأسقطها بعضهم : فمما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه والابن لأبيه ، وكذلك الأم لابنها وابنها لها . ومما اختلفوا فى تأثير التهمة فى شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر ، فإن مالكا ردها وأبا حنيفة ، وأجازها الشافعى وأبو ثور والحسن ؛ وقال ابن أبى ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له ، وبه قال النخعى . ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عارا على ما قال مالك ، وما لم يكن منقطعا إلى أخيه يناله بره وصلته ، ما عدا الأوزاعى فإنه قال : لا تجوز . ومن هذا الباب اختلافهم فى قبول شهادة العدو على عدوه ؛ فقال مالك والشافعى : لا تقبل ؛ وقال أبو حنيفة : تقبل . فعمدة الجمهور فى رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « لا تُقْبَلُ شَهادَةُ خَصْمٍ ولا ظَنِينٍ » ، وما خرجه أبو داود من قوله عليه الصلاة والسلام « لا تُقْبَلُ شَهادَةُ بَدَوِىٍّ عَلَى حَضَرِىٍّ » لقلة شهود البدوى ما يقع فى المصر ، فهذه هى عمدتهم من طريق السماع . وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة ، وقد أجمع الجمهور على تأثيرها فى الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لا يرث القاتل المقتول ، وعلى وريث المبتوتة فى المرض وإن كان فيه خلاف . وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فإنهم قالوا : تقبل شهادة الأب لابنه فضلا عمن سواه إذا كان الأب عدلا : وعمدتهم قوله تعالى ـ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ ـ والأمر بالشىء يقتضى إجزاء المأمور به إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه . وأما من طريق النظر ، فإن لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع اتهام الكذب ، وهذه التهمة إنما اعتملها الشرع فى الفاسق ومنع إعمالها فى العادل ، فلا تجتمع العدالة مع التهمة . وأما النظر فى العدد والجنس ، فإن المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنى بأقل من أربعة عدول ذكور ، واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنى بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصرى ، فإنه قال : لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم ، وهذا ضعيف لقوله سبحانه ـ واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ ـ وكل

متفق أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى ، إلا ابن أبى ليلى فإنه قال : لابد من يمينه . واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى ـ فَرَجُلٌ وامْرَأتانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء ـ واختلفوا فى قبولهما فى الحدود ، فالذى عليه الجمهور أنه لاتقبل شهادة النساء فى الحدود لامع رجل ولا مفردات ؛ وقال أهل الظاهر : تقبل إذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة فى كل شىء على ظاهر الآية ؛ وقال أبوحنيفة : تقبل فى الأموال وفيما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ؛ ولاتقبل عند مالك فى حكم من أحكام البدن : واختلف أصحاب مالك فى قبولهن فى حقوق الأبدان المتعلقة بالمال ، مثل الوكالات والوصية التى لاتتعلق إلا بالمال فقط ؛ فقال مالك وابن القاسم وابن وهب : يقبل فيه شاهد وامرأتان ؛ وقال أشهب وابن الماجشون : لايقبل فيه إلا رجلان . وأما شهادة النساء مفردات ، أعنى النساء دون الرجال فهى مقبولة عند الجمهور فى حقوق الأبدان التى لايطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء . ولاخلاف فى شىء من هذا إلا فى الرضاع ، فإن أباحنيفة قال : لاتقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال ، لأنه عنده من حقوق الأبدان التى يطلع عليها الرجال والنساء . والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات فى هذا الجنس اختلفوا فى العدد المشترط فى ذلك منهن ؛ فقال مالك : يكفى فى ذلك امرأتان ، قيل مع انتشار الأمر ، وقيل إن لم ينتشر ؛ وقال الشافعى : ليس يكفى فى ذلك أقل من أربع ، لأن الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين ، واشترط الاثنينية ؛ وقال قوم : لايكتفى بذلك بأقل من ثلاث وهو قول لامعنى له ؛ وأجاز أبوحنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة ، وأحسب أن الظاهرية أو بعضهم لايجيزون شهادة النساء مفردات فى كل شىء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال فى كل شىء وهو الظاهر . وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع ، فإنهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه الصلاة والسلام فى المرأة الواحدة التى شهدت بالرضاع « كَيْفَ وَقَدْ أَرْضَعَتْكُمَا » وهذا ظاهره الإنكار ، ولذلك لم يختلف قول مالك فى أنه مكروه .

الفصل الثانى

وأما الأيمان ، فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه إذا لم تكن للمدعى بينة . واختلفوا هل يثبت بها حق المدعى ؛ فقال مالك : يثبت بها حق المدعى فى إثبات ما أنكره المدعى عليه وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادعى الذى ثبت عليه إسقاطه فى الموضع الذى يكون المدعى أقوى سببه وشبهة من المدعى عليه ؛ وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت فى إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه ، أو إثبات حق أنكره فيه خصمه . وسبب اختلافهم ترددهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعى واليَمِينُ عَلى مَنْ أنْكَرَ » هل ذلك عام فى كل مدعى عليه ومدع ، أم إنما خص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين ، لأن المدعى فى الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه ؟ فمن قال هذا الحكم عام فى كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال : لا يثبت باليمين حق ، ولا يسقط به حق ثبت ؛ ومن قال إنما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال : إذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله ، واحتج هؤلاء بالمواضع التى اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعى مع يمينه ، مثل دعوى التلف فى الوديعة وغير ذلك إن وجد شىء بهذه الصفة ، ولأولئك أن يقولوا : الأصل ما ذكرنا إلا ما خصصه الاتفاق ، وكلهم مجمعون على أن اليمين التى تسقط الدعوى أو تثبتها هى اليمين بالله ، الذى لا إله إلا هو ، وأقاويل فقهاء الأمصار فى صفتها متقاربة ؛ وهى عند مالك : بالله الذى لا إله إلا هو ، لا يزيد عليها ، ويزيد الشافعى الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية . وأما هل تغلظ بالمكان ؟ فإنهم اختلفوا فى ذلك ، فذهب مالك إلى أنها تغلظ بالمكان وذلك فى قدر مخصوص ، وكذلك الشافعى . واختلفوا فى القدر ، فقال مالك : إن من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين فى المسجد الجامع ، فإن كان مسجد النبى عليه الصلاة والسلام ، فلا خلاف أنه يحلف على المنبر ، وإن كان فى غيره

من المساجد ففي ذلك روايتان : إحداهما حيث اتفق من المسجد ، والأخرى عند المنبر . وروى عنه ابن القاسم أنه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد ؛ وقال الشافعي : يحلف في المدينة عند المنبر ، وفي مكة بين الركن والمقام ، وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر ، والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا ؛ وقال داود : يحلف على المنبر في القليل والكثير ؛ وقال أبو حنيفة : لاتغلظ اليمين بالمكان . وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا ؟ فمن قال إنه يفهم منه ذلك قال : لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ؛ ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال : لايجب الحلف على المنبر . والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبدالله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي آثِمًا تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ » واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا : هو عمل الخلفاء ، قال الشافعي : لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة . قالوا : ولو كان التغليظ لايفهم منه إيجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة إلا تجنب اليمين في ذلك الموضع . قالوا : وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجردا مثل قوله عليه الصلاة والسلام « مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللهُ عَلَيْهِ الجَنَّةَ وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ » يفهم منه وجوب القضاء باليمين ، وكذلك التغليظ الوارد في المكان . وقال الفريق الآخر : لايفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين ، وإذ لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه إجماع من الصحابة ، والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت ؛ وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان ، وكذلك بالزمان لأنه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر .

وأما القضاء باليمين مع الشاهد فإنهم اختلفوا فيه ؛ فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة : يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال . وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق :

لايقضى باليمين مع الشاهد فى شىء ، وبه قال الليث من أصحاب مالك . وسبب الخلاف فى هذا الباب تعارض السماع . أما القائلون به فإنهم تعلقوا فى ذلك بآثار كثيرة ، منها حديث ابن عباس ، وحديث أبى هريرة ، وحديث زيد ابن ثابت ، وحديث جابر ، إلا أن الذى خرّج مسلم منها حديث ابن عباس ، ولفظه « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » خرّجه مسلم ولم يخرجه البخارى . وأما مالك فإنما اعتمد مرسله فى ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » لأن العمل عنده بالمراسيل واجب . وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى

فإنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامرأتان مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ـ

قالوا : وهذا يقتضى الحصر فالزيادة عليه نسخ ، ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة ، وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لاتغير حكم المزيد . وأما من السنة فما خرّجه البخارى ومسلم عن الأشعث بن قيس قال « كان بينى وبين رجل خصومة فى شىء ، فاختصمنا إلى النبى عليه الصلاة والسلام ، فقال شاهداكَ أوْ يَمِينُهُ » فقلت : إذا يحلف ولا يبالى ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « مَنْ حَلَفَ عَلى يَمِين يَقْتَطِع بها مالَ امْرِئٍ مُسْلِم هُوَ فيها فاجِرٌ لَقِىَ اللهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبان » قالوا : فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ، ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم ألا يستوفى أقسام الحجة للمدعى . والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم فى أن اليمين هى حجة أقوى المتداعيين شبهة ، وقد قويت ههنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت فى القسامة . وهؤلاء اختلفوا فى القضاء باليمين مع المرأتين ، فقال مالك : يجوز لأن المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد ؛ وقال الشافعى : لايجوز له ؛ لأنه إنما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لامفردة ولا مع غيره ، وهل يقضى باليمين فى الحدود التى هى حق للناس مثل القذف والجراح ؟ فيه قولان فى المذهب .

الفصل الثالث

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله ، فان الفقهاء أيضا اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك والشافعى وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين : إذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شىء بنفس النكول ، إلا أن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين : يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك فى المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون فى الموضع الذى يقبل فيه شاهد وامرأتان ، وشاهد ويمين ؛ وقلب اليمين عند الشافعى يكون فى كل موضع يجب فيه اليمين ؛ وقال ابن أبى ليلى : أردها فى غير التهمة ولا أردها فى التهمة . وعند مالك فى يمين التهمة هل تنقلب أم لا ؟ قولان . فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد فى القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار » ومن حجة مالك أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين : إما بيمين وشاهد ، وإما بنكول وشاهد ، وإما بنكول ويمين ، أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية فى الشهادة ؛ وليس يقضى عند الشافعى بشاهد ونكول . وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى ، واليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تحقق عليه الدعوى . قالوا : وأما نقلها من المدعى عليه إلى المدعى فهو خلاف للنص ، لأن اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه ، فهذه أصول الحجج التى يقضى بها القاضى . ومما اتفقوا عليه فى هذا الباب أنه يقضى القاضى بوصول كتاب قاض آخر إليه ، لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به ، أعنى إذا أشهد القاضى الذى يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده ، أعنى المكتوب فى الكتاب الذى أرسله إلى القاضى الثانى ، فشهدا عند القاضى الثانى أنه كتابه ، وأنه أشهدهم بثبوته ، وقد قيل إنه يكتفى فيه بخط القاضى ، وأنه كان به العمل الأول . واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة إن أشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم ؛ فقال مالك : يجوز؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة :

لايجوز ولا تصح الشهادة . واختلفوا فى العفاص والوكاء هل يقضى به فى اللقطة دون شهادة ، أم لابد فى ذلك من شهادة ؟ فقال مالك : يقضى بذلك ؛ وقال الشافعى : لابد من الشاهدين ، وكذلك قال أبوحنيفة ؛ وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث ، وقول الغير أجرى على الأصول . ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضى بعلمه ، وذلك أن العلماء أجمعوا على أن القاضى يقضى بعلمه فى التعديل والتجريح ، وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به ، وأنه يقضى بعلمه فى إقرار الخصم وإنكاره ، إلامالكا فإنه رأى أن يحضر القاضى شاهدين لإقرار الخصم وإنكاره ، وكذلك أجمعوا على أنه يقضى بعلمه فى تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن فى ذلك خلاف . واختلفوا إذا كان فى المسئلة خلاف ؛ فقال قوم : لايرد حكمه إذا لم يخرق الإجماع ؛ وقال قوم إذا كان شاذا ؛ وقال قوم : يرد إذا كان حكما بقياس ، وهنالك سماع من كتاب أوسنة تخالف القياس وهو الأعدل ، إلا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب محتمل والسنة غيرمتواترة ، وهذا هو الوجه الذى ينبغى أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء فى موضع من المواضع على الأثر مثل ماينسب إلى أبى حنيفة باتفاق ، وإلى مالك باختلاف . واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون بينة أوإقرار ، أو لايقضى إلا بالدليل والإقرار ؟ فقال مالك وأكثر أصحابه : لايقضى إلا بالبينات أو الإقرار ، وبه قال أحمد وشريح ؛ وقال الشافعى والكوفى وأبوثور وجماعة : للقاضى أن يقضى بعلمه ، ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين ، وكل واحد منهما اعتمد فى قوله السماع والنظر . أما عمدة الطائفة التى منعت من ذلك ، فمنها حديث معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على صدقة فلاحاه رجل فى فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأخبروه ، فأعطاهم الأرش ، ثم قال عليه الصلاة والسلام « إنِّى خاطِبٌ النَّاسَ وَمُخْبِرُهُمْ أَنَّكُمْ قَدْ رَضِيتُمْ ، أرَضِيتُمْ ؟ قالوا : نعم ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر ، فخطب الناس وذكر القصة ، وقال : أرَضِيتُمْ ؟ قالوا لا ، فهمّ بهم المهاجرون ، فنزل رسول الله صلى الله

عليه وسلم فأعطاهم ، ثم صعد المنبر فخطب ، ثم قال : أَرَضِيتُمْ ؟ قالوا نعم قال : فهذا بَيِّن فى أنه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم . وأما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة فى ذلك للقاضى . وقد أجمعوا أن للتهمة تأثيرا فى الشرع : منها أن لا يرث القاتل عمدا عند الجمهور من قتله . ومنها ردهم شهادة الأب لابنه ، وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء . وأما عمدة من أجاز ذلك ، أما من طريق السماع فحديث عائشة فى قصة هند بنت عتبة ابن ربيعة مع زوجها أبى سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان « خُذِى ما يَكْفيكِ وَوَلَدَكِ بالمَعْرُوف » دون أن يسمع قول خصمها : وأما من طريق المعنى فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذى هو مظنون فى حقه فأحرى أن يحكم بما هو عنده يقين . وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا : لا يقضى بعلمه فى الحدود ويقضى فى غير ذلك ؛ وخصص أيضا أبو حنيفة العلم الذى يقضى به فقال : يقضى بعلمه الذى علمه فى القضاء ، ولا يقضى بما علمه قبل القضاء . وروى عن عمر أنه قضى بعلمه على أبى سفيان لرجل من بنى مخزوم . وقال بعض أصحاب مالك : يقضى بعلمه فى المجلس أعنى بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك ، وهو قول الجمهور كما قلنا ، وقول المغيرة هو أجرى على الأصول ، لأن الأصل فى هذه الشريعة لا يقضى إلا بدليل وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

الفصل الرابع فى الإقرار

وأما الإقرار إذا كان بينا فلا خلاف فى وجوب الحكم به ، وإنما النظر فيمن يجوز إقراره ممن لا يجوز . وإذا كان الإقرار محتملا رفع الخلاف . أما من يجوز إقراره ممن لا يجوز فقد تقدم . وأما عدد الإقرارات الموجبة فقد تقدم فى باب الحدود ، ولا خلاف بينهم أن الإقرار مرة واحدة عامل فى المال . وأما المسائل التى اختلفوا فيها من ذلك فهو من قبل احتمال اللفظ ، وأنت إن أحببت أن تقف عليه فمن كتاب الفروع .

الباب الرابع

وأما على من يقضى ؟ ولمن يقضى ؟ فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس يتهم عليه . واختلفوا فى قضائه لمن يتهم عليه ؛ فقال مالك : لايجوز قضاؤه على من لاتجوز عليه شهادته ؛ وقال قوم : يجوز لأن القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة . وأما على من يقضى ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر. واختلفوا فى الغائب وفى القضاء على أهل الكتاب فأما القضاء على الغائب ، فإن مالكا والشافعى قالا : يقضى على الغائب البعيد الغيبة ؛ وقال أبو حنيفة : لايقضى على الغائب أصلا ، وبه قال ابن الماجشون ؛ وقد قيل عن مالك لايقضى فى الرباع المستحقة : فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه ، لأنه لم يكن غائبا عن المصر. وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام « فإِنَّمَا أَقْضِي لَهُ بِحَسَبِ ما أَسْمَعُ » وما رواه أبو داود وغيره عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله إلى اليمن « لاتَقْضِ لأَحَدِ الخَصْمَيْنِ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخَرِ » وأما الحكم على الذمى ، فإن فى ذلك ثلاثة أقوال : أحدها أنه يقضى بينهم إذا ترافعوا إليه بحكم المسلمين ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ والثانى أنه مخير ، وبه قال مالك ، وعن الشافعى القولان ؛ والثالث أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكموا إليه . فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى ـ فإنْ جاءُوكَ فاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أوْ أعْرِضْ عَنْهُمْ ـ وبهذا تمسك من رأى الخيار ، ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى ـ وأنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ ـ ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير . وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يترافعوا ، فإنه احتج بإجماعهم على أن الذمى إذا سرق قطعت يده .

الباب الخامس

وأما كيف يقضى القاضى ، فإنهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوى بين الخصمين فى المجلس وألا يسمع من أحدهما دون الآخر ، وأن يبدأ

بالمدعى فيسأله البينة إن أنكر المدعى عليه . وإن لم يكن له بينة فإن كان فى مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق ، وإن كانت فى طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعى بمجرد الدعوى ؛ وقال مالك : لاتجب إلا مع شاهد ، وإذا كان فى المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لايحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة ؟ اختلفوا فى ذلك ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » وقال مالك : لاتجب اليمين إلا بالمخالطة ؛ وقال بها السبعة من فقهاء المدينة . وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى إلى تعنيت بعضهم بعضا ، وإذاية بعضهم بعضا ، ومن هنا لم ير مالك إحلاف المرأة زوجها إذا ادعت عليه الطلاق إلا أن يكون معها شاهد ، وكذلك إحلاف العبد سيده فى دعوى العتق عليه ، والدعوى لاتخلو أن تكون فى شىء فى الذمة أو فى شىء بعينه ، فإن كانت فى الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وأن له بينة سمعت منه بينته باتفاق . وكذلك إن كان اختلاف فى عقد وقع فى عين مثل بيع أو غير ذلك . وأما إن كانت الدعوى فى عين وهو الذى يسمى استحقاقا ، فإنهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه ؟ فقال أبو حنيفة : لاتسمع بينة المدعى عليه إلا فى النكاح وما لايتكرر ؛ وقال غيره : لاتسمع فى شىء ؛ وقال مالك والشافعى : تسمع أعنى فى أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه أنه مال له وملك . فعمدة من قال لاتسمع أن الشرع قد جعل البينة فى حيز المدعى واليمين فى حيز المدعى عليه ، فوجب أن لاينقلب الأمر ، وكان ذلك عندهما عبادة . وسبب الخلاف : هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشىء المدعى فيه موجودا بيده ، أم ليست تفيد ذلك ؟ فمن قال : لاتفيد معنى زائدا قال : لامعنى لها ؛ ومن قال تفيد : اعتبرها . فإذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت إحداهما أمرا زائدا مما لايمكن أن يتكرر فى ملك ذى الملك ؛ فالحكم عند مالك أن يقضى بأعدل البينتين ولا يعتبر الأكثر ؛ وقال أبو حنيفة : بينة المدعى أولى على أصله ولاترجح عنده بالعدالة

كما لاتترجح عند مالك بالعدد ، وقال الأوزاعى : تترجح بالعدد وإذا تساوت فى العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه ، فإن نكل حلف المدعى ووجب الحق ، لأن يد المدعى عليه شاهدة له ، ولذلك جعل دليله أضعف الدليلين : أعنى اليمين . وأما إذا أقر الخصم فإن كان المدعى فيه عينا فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه . وأما إذا كان مالا فى الذمة ، فإنه يكلف المقر غرمه فإن ادعى العدم حبسه القاضى عند مالك حتى يتبين عدمه ، إما بطول السجن والبينة إن كان متهما فإذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى ـ وإنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَةٍ ـ وقال قوم : يؤاجره ، وبه قال أحمد . وروى عن عمر بن عبد العزيز ، وحكى عن أبى حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، ولا خلاف أن البينة إذا جرحها المدعى عليه أن الحكم يسقط إذا كان التجريح قبل الحكم ، وإن كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك ، وقال الشافعى : ينتقض وأما إن رجعت البينة عن الشهادة ، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل الحكم أو بعده ، فإن كان قبل الحكم فالأكثر أن الحكم لايثبت ؛ وقال بعض الناس : يثبت . وإن كان بعد الحكم فقال مالك : يثبت الحكم ؛ وقال غيره لايثبت الحكم ، وعند مالك أن الشهداء يضمنون ما أتلفوا بشهادتهم ، فإن كان مالا ضمنوه على كل حال ؛ قال عبد الملك : لايضمنون فى الغلط ؛ وقال الشافعى : لايضمنون المال . وإن كان دما فإن ادعوا الغلط ضمنوا الدية ، وإن أقروا أقيد منهم على قول أشهب ، ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم .

الباب السادس

وأما متى يقضى ؟ فمنها مايرجع إلى حال القاضى فى نفسه ، ومنها ما يرجع إلى وقت إنفاذ الحكم وفصله ، ومنها مايرجع إلى وقت توقيف المدعى فيه وإزالة اليد عنه إذا كان عينا . فأما متى يقضى القاضى ؟ فإذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام « لايَقْضِى القاضى حينَ يَقْضِى وَهُوَ غَضْبانُ » ومثل هذا عند مالك أن يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التى تعوقه عن الفهم ، لكن إذا قضى فى حال من هذه

الأحوال بالصواب ، فاتفقوا فيما أعلم على أنه ينفذ حكمه ، ويحتمل أن يقال : لاينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان ، لأن النهى يدل على فساد المنهى عنه ; وأما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الأجل والإعذار إليه ، ومعنى نفوذ هذا ، هو أن يحق حجة المدعى أويدحضها ، وهل له أن يسمع حجة بعد الحكم ؟ فيه اختلاف من قول مالك ، والأشهر أنه يسمع فيما كان حقا لله مثل الإحباس والعتق ولايسمع فى غير ذلك . وقيل لايسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التعجيز قيل لايسمع منهما جميعا ، وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه ، وهو ما إذا أقر بالعجز . وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الإعذار ، وهو إذا لم يرد الذى استحق الشىء من يده أن يخاصم فله أن يرجع بثمنه على البائع ، وإن كان يحتاج فى رجوعه به على البائع أن يوافقه عليه فيثبت شراءه منه إن أنكره ، أو يعترف له به إن أقره فللمستحق من يده أن يأخذ الشىء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق ؛ وقال الشافعى : يشتريه منه ، فإن عطب فى يد المستحق فهو ضامن له ، وإن عطب فى أثناء الحكم : ممن ضمانه ؟ اختلف فى ذلك ، فقيل إن عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل إنما يضمن المستحق بعد الحكم ؛ وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه . قال القاضى رضى الله عنه : وينبغى أن تعلم أن الأحكام الشرعية تنقسم قسمين : قسم يقضى به الحكام وجل ما ذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل فى هذا القسم ، وقسم لايقضى به الحكام ، وهذا أكثره هو داخل فى المندوب إليه. وهذا الجنس من الأحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء فى أواخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع . ونحن فقد رأينا أن نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور منه إن شاء الله تعالى . وأما ينبغى قبل هذا أن تعلم أن السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية ، فمنها ما يرجع إلى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره ، وفى هذا الجنس تدخل العبادات ، وهذه هى السنن الكرامية . ومنها ما يرجع إلى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان : السنن الواردة فى المطعم والمشرب ، والسنن الواردة فى المناكح . ومنها ما يرجع إلى طلب العدل والكف عن الجور . فهذه هى

أجناس السنن التي تقتضى العدل فى الأموال ، والتى تقتضى العدل فى الأبدان، وفى هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات ، لأن هذه كلها إنما يطلب بها العدل . ومنها السنن الواردة فى الأعراض . ومنها السنن الواردة فى جميع الأموال وتقويمها ، وهى التى يقصد بها طلب الفضيلة التى تسمى السخاء ، وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل : والزكاة تدخل فى هذا الباب من وجه ، وتدخل أيضا فى باب الاشتراك فى الأموال ، وكذلك الأمر فى الصدقات . ومنها سنن واردة فى الاجتماع الذى هو شرط فى حياة الإنسان وحفظ فضائله العملية والعلمية ، وهى المعبر عنها بالرياسة ، ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين . ومن السنة المهمة فى حين الاجتماع السنن الواردة فى المحبة والبغضة والتعاون على إقامة هذه السنن ، وهو الذى يسمى : النهى عن المنكر والأمر بالمعروف ، وهي المحبة والبغضة : أى الدينية التى تكون إما من قبل الإخلال بهذه السنن ، وإما من قبل سوء المعتقد فى الشريعة .

وأكثر ما يذكر الفقهاء فى الجوامع من كتبهم ما شذ عن الأجناس الأربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء ، والعبادة التى هى كالشروط فى تثبيت هذه الفضائل .

كمل كتاب الأقضية ، وبكماله كمل جميع الديوان ، والحمد لله كثيرا على ذلك كما هو أهله .

ترجمة المؤلف منقولة من الديباج

هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الشهير بالحفيد) من أهل قرطبة وقاضي الجماعة بها ، يكنى أبا الوليد ، روى عن أبيه أبي القاسم استظهر عليه الموطأ حفظا ، وأخذ الفقه عن أبي القاسم بن بشكوال وأبي مروان بن مسرة وأبي بكر بن سمحون وأبي جعفر بن عبد العزيز وأبي عبد الله المازرى . وأخذ علم الطب عن أبي مروان بن جريول ، وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية ، ودرس الفقه والأصول وعلم الكلام . ولم ينشأ بالأندلس مثله كمالا وعلما وفضلا ، وكان على شرفه أشد الناس تواضعا وأخفضهم جناحا ، وعنى بالعلم من صغره إلى كبره ، حتى حكى أنه لم يدع النظر ولا القراءة منذ عقل إلا ليلة وفاة أبيه ، وليلة بنائه على أهله ، وأنه سود فيما صنف وقيد وألف وهذب واختصر نحوا من عشرة آلاف ورقة . ومال إلى علوم الأوائل ، وكانت له فيها الإمامة دون أهل عصره ، وكان يفزع إلى فتياه فى الطب كما يفزع إلى فتياه فى الفقه مع الحظ الوافر من الإعراب والآداب والحكمة . حكى عنه أنه كان يحفظ شعر المتنبى وحبيب . وله تآليف جليلة الفائدة ، منها كتاب « بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد » فى الفقه (١) ذكر فيه أسباب الخلاف وعلل وجهه ، فأفاد وأمتع به ، ولا يعلم فى وقته أنفع منه ولا أحسن سياقا ، وكتاب

---

(١) هو هذا الكتاب الذى أبان عن مقدار معرفة الرجل بالشريعة ، فإنه ذكر فيه أقوال فقهاء الأمة من الصحابة فمن بعدهم ، مع بيان مستند كل من الكتاب والسنة ، والقياس مع الترجيح ، وبيان الصحيح ، فخاض فى بحر عجاج ملتطم الأمواج ، واهتدى فيه للسلوك ، ونظم جواهره فى صحائف تلك السلوك ، فرحمه الله رحمة واسعة .

الكليات فى الطب ، ومختصر المستصفى فى الأصول ، وكتابه فى العربية الذى
وسمه بالضرورى ، وغير ذلك تنيف على ستين تأليفا ، وحمدت سيرته فى القضاء
بقرطبة ، وتأثلت له عند الملوك وجاهة عظيمة ، ولم يصرفها فى ترفيع حال ولا
جمع مال ، إنما قصرها على مصالح أهل بلده خاصة ومنافع أهل الأندلس .
وحدث وسمع منه أبو بكر بن جهور وأبو محمد بن حوط الله وأبو الحسن بن سهل
ابن مالك وغيرهم . وتوفى سنة خمس وتسعين وخمسمائة ، ومولده سنة عشرين
وخمسمائة ، قبل وفاة القاضى جده أبى الوليد بن رشد بشهر .

تقـــــريظ

وعند تمام طبعته الأولى قرظه حضرة الأديب الأستاذ الشيخ محمد أحمد عرفة بهذه الكلمة ، فأحببنا إثباتها حرصا على محاسنها ونشرا لعلو مكانتها ، وهى :
إلى الحكيم الراقد فى جدثه ، الهانئ بمضجعه ، تحفه مسحة من النور الإلهى ، وعليه حارس من المهابة وسياج من الإجلال ، أهدى غاديات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيب الرحمات . لله أنت أيتها الروح الخالدة العائدة إلى محلها الأرفع ، فقد هبطت علينا من عالمك العالى ، وطلعت علينا طلوع القمر على خابط ليل ضل السبيل وخانه الدليل ، طلعت والهدى ، فكنت كالغيث أصاب أرضا قابلة فأنبتت الكلأ والعشب وأصاب منها الكثير . أقمت فينا ما شاء الله لك أن تقومى ، وخلفت لك آثارا جعلت لك مقعد صدق فى كل نفس ، ثم عدت سيرتك الأولى : بسم الله مجراك ومرساك وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسراك ، أىْ جوّ حواك ، وأى آمال وسعتك ، وأى جسم تحمل ما ترومين .

وإذا كانت النفوس كبارا تعبت فى مرادها الأجسام

بينا نراك بين يدى فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة ، وأرضعتك أفاويقها ، وأعاتك درها ، وأنهلتك خيرها ، فلا يظن أنك تعلمين غيرها ، إذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد ، وسهلت لك حزونها ، ووردت منهلا عذبا زاخرا عبابه ، وسائغا شرابه . وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش إليه الحس ، فهو الحق إلا أنه حكم قد ضمن الدر إلا أنه كلم .

أنزه فى رياض العـــلم نفسى	وأغـــدو فى مسارحها وأمسى
أمتع ناظـــرى فيما حوته	وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كئوس الراح عندى	ومن خد الظبا خدود طرس
وقد رَدت الرياض فشمت روضا	به قد غبت عن نفسى وحسى
كأن خـــلال أسطره بحـــارا	تدفق بالمعارف بعـــد رمسى
كتاب حاكه فكر (ابن رشد)	وأخرج آية فى كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا	كما طرد الدجنـــة ضوء شمس

بحمد الله تعالى قد تم طبع كتاب

« بداية المجتهد ونهاية المقتصد » للإمام ابن رشد القرطبي

مصححاً بمعرفة لجنة التصحيح

